MILSON REIS DE JESUS BARBOSA

A RELEVÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL

NO COSTUME *CONTRA LEGEM*

Atena Editora

Ano 2023

MILSON REIS DE JESUS BARBOSA

A RELEVÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL

NO COSTUME *CONTRA LEGEM*

A relevância jurídica e social no costume contra legem

Diagramação: Natália Sandrini de Azevedo
Correção: Maiara Ferreira
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: O autor
Autor: Milson Reis de Jesus Barbosa

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B238 Barbosa, Milson Reis de Jesus
A relevância jurídica e social no costume contra legem / Milson Reis de Jesus Barbosa. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-0983-0
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.830231403

1. Direito penal. I. Barbosa, Milson Reis de Jesus. II. Título.

CDD 345

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DO AUTOR

O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao conteúdo publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certifica que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

SUMÁRIO

RESUMO

A criação de normas penais está intrinsecamente fundada nas concepções sociais de reprovabilidade, angariada através de crenças, ideologias, costumes, todas obtidas no contexto de um sistema prévio destituído de formalidades, onde à própria sociedade é quem demonstra o interesse/necessidade da intervenção jurídico-penal. Todavia, essa ausência de instrumentalidade na criação de normas de direito penal, unicamente é presente na sua fase prévia de elaboração, ou seja, no momento em que as mesmas prestam apenas auxílio ao legislador quanto ao interesse social na tutela do bem jurídico relacionado ao comportamento social exarado. Assim, do mesmo modo da codificação de condutas penalmente tipificadas, a descriminalização ou a *abolitio criminis* exige um processo burocrático criterioso, moroso, e de formalidades legais impreteríveis, razão pela qual sempre foi comum a presença de tipos penais que, outrora eram necessários, mas que atualmente são considerados irrelevantes nas concepções jurídica e social. Com o falecimento da função jurídico-social da norma incriminadora, e a sua subsistência apenas quanto ao aspecto formal-positivista, a sociedade inicia um processo informal e implícito de revogação das normas jurídicas, exteriorizado pela reiteração comportamental em sentido contrário à lei, traduzindo o denominado costume *contra legem*. É na premissa de um controle informal revelado nas entrelinhas de um costume social *contra legem* que a aplicabilidade de determinada lei passa a ser socialmente inadequada e, alinhando este juízo de reprovabilidade social da norma ao consubstanciado nos princípios de política criminal da intervenção mínima, fragmentariedade e adequação social, é reclamado ao judiciário, em face à mora do poder legislativo, a derrogação de normas socialmente contextualizadas como irrelevantes à desenvoltura democrática do sistema jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE: costume *contra legem*, política criminal, derrogação, adequação social, direito penal.

ABSTRACT

Creation of criminal types is intrinsically established in the social conceptions of disapproval, raised through beliefs, ideologies, customs, all them obtained in the context of a prior system deprived of formalities, where the society itself demonstrates the interest/necessity of the juridical intervention criminal. However, this absence of instrumentality in the creation of types of criminal law is only present in yours previous elaboration phase, in other words, at the moment that they only give assistance to the legislator as for the social interest in the protection of the quite juridical related to the explowed social behavior. So, in the same way of the codification of conducts criminally typified, the decriminalization or the *abolition criminis* demands a criterious bureaucratic process, slow, and of unavoidable legal formalities, reason for which the presence of penal types was always common that, before they were necessary, but currently they are considered irrelevant in the legal and social conceptions. With the social-juridical death of the function of the incriminating type, and its subsistence only as for the positivist-formal aspect, the society initiates an informal and implicit process of juridical type's revocation, exteriorized by the reiteration behavior into opposite sense at law, translating the denominated custom *contra legem*. It is in the premise of an informal control revealed in the interlineations of a social custom *contra legem* that the applicability of determined law becomes socially inadequate and, aligning this judgement of disapproval social from the type to the consubstantiated in the beginnings of criminal politics of the minimum intervention, fragmentation and social adequacy, is demanded to the judiciary, in face of the legislative power's delay, the derogation of types socially contextualized as irrelevant to the democratic nimbleness of the penal juridical system.

KEYWORDS: custom contra legem, criminal politics, derogation, social adequacy, criminal law.

INTRODUÇÃO

A definição clássica de costume dentro do universo jurídico remete imediatamente o interprete/leitor a uma ideia de coletividade. Surge da essência conceitual que o descreve como a prática reiterada de um comportamento social e a consciência de obrigatoriedade na qual é emanada. A doutrina cuidou ainda de particularizar a norma costumeira em três notáveis classificações, as quais envolvem a hermenêutica que as contextualiza, surgindo os efeitos *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. Dessa forma, os costumes passaram a constituir diferentes vertentes quando apresentado no seio da aplicabilidade jurídica, sendo os formatos "segundo a lei" e "na lacuna da lei" destemidamente aceitos na prática legal, possuindo o segundo inclusive previsão legal nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao contrário da norma costumeira contrária às disposições legais, que tem sua aplicabilidade reprimida pelo positivismo exarado pela mesma lei preambular.

O elemento primário do costume na ordem jurídica é traduzido pela emersão de uma regra não estatal, denominada de norma social. Esse preceito moderador é exteriorizado na esteira do processo histórico-cultural atravessado pela sociedade e concebido tanto nas formas permissivas quanto proibitivas, delineando os interesses sociais imprescindíveis e ainda aqueles que constituirão o embasamento das regras estatais supervenientes. Quando transformada a norma social em norma jurídica passa-se à verificação de seus efeitos práticos junto à sociedade, como sua aplicabilidade, conhecimento e ainda, o confronto entre a efetividade aferida e a finalidade proposta. Entre os fatores determinantes à inoperância da norma dentro do contexto social estão os institutos do desuso da lei e do *costume negativo*. O falecimento gradativo da aplicabilidade das normas jurídicas é resultado do processo histórico-cultural que permeia as transmutações ideológicas de uma sociedade, implicando esse sistema na existência de textos legais que, embora permaneçam em vigência através do tecnicismo legislativo, não guardam correspondência com a realidade social em evidência, fruindo apenas pela denominada normatividade abstrata.

A realidade social, componente conceitual do instituto do desuso, constitui ainda elemento objetivo comum ao costume *contra legem*. Contudo, no momento em que essa espécie consuetudinária é analisada no contexto do *jus puniendi*, a mesma passa a não corroborar o elemento subjetivo comum as suas coirmãs, implicando a supressão do raciocínio concernente à convicção de obrigatoriedade, a qual é substituída pela consciência de não ilicitude. Nessa acepção, o instituto do costume contrário à norma jurídica vigente ultrapassa seu conceito clássico como ferramenta de supressão lacunar, passando a ser

vislumbrado como mecanismo de efetivação do querer social por meio da supressão da norma legal em sentido oposto. Mas, essa prerrogativa supralegal de derrogação normativa não opera de forma singular dentro do ordenamento jurídico, tendo sua procedibilidade alinhada a princípios de política criminal que embasam a constituição de um “direito penal mínimo”, onde princípios como a legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, necessidade e adequação social traduzem o critério essencial da máxima razoabilidade quando da elaboração e aplicação da tutela jurídico-penal.

A interpretação sistemática do costume *contra legem* com os princípios da legalidade em sentido material, da mínima intervenção da tutela criminal e da adequação social entre comportamento exteriorizado e sanção imposta, representa a possibilidade de derrogação de normas jurídicas consideradas em descompasso com a realidade social que as permeia, utilizando para isso de essências absolutórias empregadas e aceitas pela própria jurisprudência em situações juridicamente similares, caso da insignificância ou bagatela. A relevância jurídica do costume negativo então se correlaciona aos critérios conceituais inerentes aos mecanismos de controle social informal, fazendo desse gênero consuetudinário ferramenta de contenção contra excessos do poder punitivo estatal e, ainda, simultaneamente, assegurando à própria coletividade a efetivação de seus ideais sobrevindos do processo histórico-cultural de transformações ético-sociais, onde as liberdades individuais basilares do Estado Democrático de Direito e o pluriculturalismo reinante na sociedade brasileira se sobrepõem a um sistema de exacerbada intervenção incriminadora.

OS COSTUMES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A ideia preliminar dos costumes no ordenamento jurídico caminha inevitavelmente a uma ferramenta de supressão de lacunas prevista no artigo 4.° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual dispõe que na presença de uma "[...] omissão legal, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"[1]. No entanto, a visão inicial dos costumes apenas como instrumento de interpretação normativa é um conceito vazio, sendo sua relevância não restrita a uma ferramenta de hermenêutica, mas sim, como um "[...] estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito"[2].

As lições iniciais de direito são unânimes em classificar o costume como umas das fontes de inserção de normas no ordenamento jurídico, analisado como a "[...] tradução da vontade intencional de reger uma conduta, ou de estruturar a sociedade de modo impessoal e objetivo"[3]. Nestes vieses, o costume exaspera uma simples conceituação de mecanismo da hermenêutica jurídica, passando a constituir verdadeira expressão social capaz de modelar o comportamento legislativo, evidenciando os anseios sociais e exigindo do Estado norma correspondente à tutela de determinado bem.

No entanto, mesmo atingindo o "status" de projetor do querer social, o costume lentamente vem tendo sua relevância questionada dentro de um ordenamento jurídico estatal visto a insegurança jurídica decorrente de matrizes dotadas de parcialidades morais, locais e religiosas.

> Se os costumes possuem, de um lado, a vantagem de ser um Direito que traduz presumivelmente as aspirações do povo, sem qualquer compromisso de natureza política, de outro lado, além da incerteza jurídica que geram, muitas vezes as suas normas vêm impregnadas de sentido moral e religioso[4].

O processo legislativo estatal surgiu então com o propósito de eliminar as parcialidades e as desconexões das regras costumeiras vigentes, "[...] compreendendo-se a lei como expressão racional da vontade coletiva"[5]. O primeiro passo a construção de um processo jurisdicional foi à junção de normas estatais e consuetudinárias, resultando nas chamadas *Ordenações*, *Afonsinas* (1446-1521), *Manuelinas* (1521-1603) e *Filipinas*

---

1. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.
2. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.
3. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145.
4. NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158.
5. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 152.

(1603-1867). Este processo, direcionado a estabelecer uma certeza coletiva quanto aos direitos e obrigações sociais acarretou o afastamento do costume como norma primária de regência social, reduzindo-o a uma mera ferramenta de supressão de lacunas dentro do ordenamento jurídico.

Também as doutrinas jurídicas da época [Idade Média] refletem essa singular valia dos costumes, tanto que desenvolviam curiosas teorias sobre o tempo de prescrição dos costumes (dez anos se *secumdum legem* ou quarenta se *contra legem*) e sua prova através da *inquisitio per turbam*, uma turba sendo constituída de dez indivíduos no mínimo, e sendo necessário inquerir duas turbas, ao menos, para provar a vigência de um costume, já que *testis unus, testis nullus*[6].

Todavia, a predominância de um ordenamento jurídico estatal não elimina o costume como matriz normativa, visto que sua relevância não pode ser restringida somente como uma medida *praeter legem*, ou seja, aplicado apenas de forma supletiva nas hipóteses de lacuna legal. Mesmo em ordenamentos jurídicos compostos por normas de natureza exclusivamente estatais, o costume não pode ser expurgado deste conjunto, porquanto constitui a própria essência da norma, ditando os interesses sociais a serem resguardados pelas regras jurídicas e delineando assim o agir do homem em sociedade. Na lição de Francesco Consentini, citado por Paulo Nader, "[...] o Direito não é uma criação espontânea e audaciosa do legislador; mas possui uma raiz muito mais profunda: a consciência do povo [...]. O Direito nasce da vida social, se transforma com a vida social e deve se adaptar à vida social"[7].

A NORMA SOCIAL E A CONSTRUÇÃO DOS COSTUMES

A dinâmica social e a existência em coletividade constituem o embrião do direito, e consequentemente, a fragmentação de disciplinas jurídicas capazes de delinear a ação do homem, limitando seu estado de ser natural frente aos interesses que passam a existirem *erga omnes*, ou seja, para todos que compõem a sociedade. A norma social é direcionada ao homem, seja de forma permissiva ou negativa, mas sempre visando o fim da estruturação e garantia da própria sociedade, restringindo para isso as liberdades inerentes ao homem como ser animal.

A norma social é aferida por razões de ser e estar. É norma social porque a sociedade assim decidiu, e está norma em razão do lapso temporal que a permeia, ou seja, será regra de conduta social enquanto a sociedade assim desejar.

O "ser" da norma social é atingido através de um juízo de vontade que vem a ser influenciado por dogmas e convicções diversas, por vezes tendenciosas, outras imparciais.

6. Cf. MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966, p. 216.
7. CONSENTINI, Francesco apud NADER, Paulo. op. cit., p. 20.

> A cada forma de conduta corresponde a norma que lhe é própria. A conduta religiosa implica normas ou regras religiosas, assim como a conduta moral implica regras ou normas de ordem moral. Em geral, somos levados a confundir a ‘conduta’ com a sua ‘norma’, tão difícil é separar o problema do comportamento ético de sua medida[8].

A norma social alcança o “ser” no momento em que é recepcionada pela coletividade em uma convicção de obrigatoriedade. Essa percepção é aferida como a matriz da legalização de uma conduta, seja de maneira permissiva, onde a norma social estabelece preceitos a serem observados dentro de parâmetros pré-determinados, ou ainda de forma proibitiva, negando e punindo aquele que desenvolve determinado comportamento. O “ser” da norma social está intrinsicamente relacionado à ideia de legalidade, sendo a condução do sistema jurídico delineada pelo comportamento social de seu povo, o qual continuamente passa por modificações oriundas do modo de pensar e de agir da comunidade, ensejando a legalização e a proibição de determinados comportamentos.

O “estar” da norma social conduz para a realidade da norma de acordo com o processo histórico na qual foi efetivada, sendo sua inspiração atrelada a um comportamento que em determinado momento histórico possuía, na sociedade, elevado grau de necessidade ou reprovabilidade, ensejando uma tutela estatal, que em tese, seria realizada de maneira imparcial e imposta em caráter isonômico, *erga omnes*. A sociedade passa, então, a ser conduzida de acordo com a vontade geral, sendo esta efetivada pelo Estado através da criação de mecanismos normativos impostos indistintamente, exigindo a modificação do agir humano, que de forma singular passa a um agir coletivo, direcionado à vontade social de seu povo.

Ocorre que a vontade social é fundada pelo momento histórico vivido, ou seja, o processo normativo social tende a sofrer consideráveis transformações ao longo dos períodos históricos atravessados pela sociedade, fazendo com que normas criadas sob o crivo da indispensabilidade deixem de ostentar tal característica, caminhando lentamente para o desnecessário e, chegando até mesmo atingir a realidade do desuso. A mutabilidade das normas sociais decorre da própria essência do viver em coletividade, onde o homem singular renuncia às suas convicções íntimas, para adotar o pensamento, a ideologia coletiva que alicerça convivência harmônica e a paz social. Dessa forma “um homem passa a maior parte de seu tempo realizando atividades que se justificam pelos efeitos esperados e não segundo seus próprios valores e convicções”[9].

No momento em que o homem singular abdica de suas convicções íntimas em prol de vivência coletiva, impõe-se ao Estado o dever de observar as normas sociais relevantes naquele determinado momento histórico e assim efetivar uma verdadeira modernização

8. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 384.
9. LEMOS FILHO, Arnaldo et al (Org.). **Sociologia Geral e do Direito**. Campinas/SP: Editora Alínea, 2004, p. 87.

da finalidade/necessidade dessas normas, sob pena de acarretar em injustiça, visto "[...] que o Direito é para a vida e não a vida para o Direito"[10]. Assim, o processo histórico e cultural de uma sociedade impõe às normas sociais constantes efeitos mutativos, que em seu início podem até mesmo ser despercebidos, mas que ao final tornam-se relevantes de maneira a exigir sua alteração quando norma jurídica. "A História humana é um processo dramático de conversão de valores em fins e de crises culturais resultantes da perda de força axiológica verificada em fins de uma nova geração (*sic*) se recusa a 'reconhecer'"[11].

O processo histórico e cultural pode então ser analisado como uma primeira etapa do processo de legalização das normas sociais, sendo o direito "um engenho à mercê da sociedade e deve ter a sua direção de acordo com os rumos sociais"[12]. A construção do ordenamento jurídico tem como eixo a norma social, mas não apenas a essência destas, devendo corroborar ainda o "ser" e o "estar" de determinada regra, a fim de verificar sua relevância no contexto histórico vivido. Inicialmente a transformação da norma social em norma jurídica tende a ser fácil, visto que bastaria apenas analisar a prática reiterada de determinada conduta e a sua convicção de obrigatoriedade para elevar a mesma ao "status" de norma jurídica. Mas, não basta apenas isto, sendo necessário um juízo criterioso e prognóstico sobre a "vida útil" da norma, ou seja, é indispensável antever os reflexos da norma jurídica dentro da sociedade, bem como o lapso temporal em que esta será relevante jurídica e socialmente, evitando a ultra-atividade de normas totalmente desnecessárias aos ditames do convívio social.

> As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o Direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o Direito se envelhece, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para qual foi criado. Não basta, portanto, o 'ser' do Direito na sociedade, é indispensável o 'ser atuante', o 'ser atualizado'. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social[13].

A norma social é resultado de uma prática emanada pelos membros dessa sociedade destinada a uma finalidade. Cada norma social então é aferida singularmente, voltada à produção de efeitos para uma situação concreta e atual. No entanto, a transformação de uma norma de caráter unicamente social, para uma norma jurídica, acarreta uma obrigatoriedade *erga omnes*, indisponível singularmente. A problemática está na alteração, ou até mesmo na inversão dos valores erigidos como fundamentais para determinado momento histórico, ensejando a ação estatal voltada à revisão das normas jurídicas carentes de relevância/

10. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 610.
11. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380.
12. NADER, Paulo. op. cit., p. 19.
13. NADER, Paulo. op. cit., p. 19.

finalidade.

É observado então que a transformação de uma norma social em norma jurídica obedece, além de um processo formal e material, uma casuística alicerçada no “ser” e no “estar” da norma social. No entanto a casuística da norma é remodelada durante o processo histórico/cultural da sociedade, invertendo valores que ora primordiais, passam a ser secundários, que imprescindíveis, tornam-se acessórios. A mutabilidade das normais sociais acarreta a alteração da essência e finalidade das normas jurídicas, ou seja, o espírito da lei é aviltado lentamente pela sociedade, abstraindo o “estar” da norma.

Afastada a essência da regra jurídica, esta perde consequentemente sua razão de “ser”, continuando a ser uma norma jurídica, mas não mais norma social, pois carece dos requisitos do “ser” e do “estar” que embasaram sua estatização. É nesse momento que a norma jurídica, perdendo sua finalidade existencial, sofre uma inversão em seu propósito, pois criada com o objetivo de salvaguardar os interesses de determinado grupo social, a mesma passar a ser inoportuna, inútil, sendo considerada como um verdadeiro empecilho ao desenvolvimento social.

A validade social da norma remete a um pressuposto de eficácia e efetividade, os quais são aferidos não através de uma análise técnico-formal, mas através do contexto social na qual estão empregadas. A norma jurídica que padece de eficácia social carece também de relevância, tendo sua validade sustentada apenas por critérios procedimentais legislativos. “Há casos de normas legais, que, por contrariarem as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, só lograram ser cumpridas de maneira compulsória, possuindo, desse modo, validade formal, mas não ‘eficácia’ espontânea no seio da comunidade”[14].

A perda da eficácia social da norma jurídica pressupõe a ideia de alteração do conceito social de lícito/ilícito, proibido/permitido. A mutação dos conceitos sociais enseja ao legislador a obrigatoriedade de um repensar jurídico, pois a ausência de finalidade da norma faz que com que a mesma seja inócua, inútil e até mesmo injusta quando comparada aos novos ideais adotados pela sociedade ao longo de seu processo de desenvolvimento histórico-cultural. O contrato social dentro do processo histórico-cultural é delineado por uma vontade coletiva, a qual vem a ser lenta e detalhadamente expressa através das pequenas ações, mas que no contexto diário da vivência social acabam se constituindo como ferramentas de controle informal, revelando os anseios da comunidade na qual foram construídas.

14. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

> O contrato social possui respaldo da vontade geral, que não se constitui meramente da somatória das vontades particulares, mas que se coloca na posição de representar o interesse comum. [...] O critério para definir a vontade geral é a participação de todos, com a formação de um consenso da maioria. O que há de específico também à vontade geral é o fato de ser sempre reta, nunca se enganando, nunca se corrompendo ou se desvirtuando, pois o engano está no julgamento que dela emana ou no uso que dela se faz; é constante e orientada para o que é comum a todos, para o benefício de todos[15].

A normatividade abstrata é resultado de uma prática social que inicialmente não possui a finalidade precípua de desabonar a imperatividade normativa, mas que tacitamente, diante da relevância, intensidade e reiteração de comportamento, acaba acarretando esta consequência. A partir de então a aplicabilidade da norma é comprometida quando analisada em um aspecto social, sua execução torna-se inócua, inoportuna, pois a vontade social é contrária aos seus ditames, submetendo sua validade a uma nova análise do poder estatal, o qual se posicionará, dentro de um juízo de conveniência e relevância, sobre a manutenção ou revogação da norma socialmente contestada.

O DESUSO DA LEI

Problema comum aos ordenamentos jurídicos diz respeito à constatação de que determinada norma não é mais social e juridicamente aplicada. Essa situação enseja uma verdadeira insegurança jurídica, visto que a incerteza quando a aplicabilidade e até mesmo a existência da norma, ficam comprometidas em face do instituto denominado de desuso da lei. "A dúvida representa um mal social e mal jurídico, pois a vida exige definições e o Direito não pode abrigar reticências. Todo fator de incerteza é corpo estranho à ordem jurídica, que compromete o sistema, devendo ser eliminado"[16].

O desuso da lei tem como característica a presença do Estado em um dos polos da ação, pois o desuso é visualizado quanto à existência de uma relação de subordinação e hierarquia do Estado para com o cidadão, seja uma relação de Direito Privado, ou como regra, nas relações de Direito Público. A reduzida incidência do instituto do desuso da lei no Direito Privado decorre principalmente pelo fato desse ramo estar convencionado aos princípios de relação contratual, evidenciada pela máxima do *pacta sunt servanda*, ou seja, a disposição de vontade decorre livre e espontaneamente, de acordo com as relações concretas da vida. Dessa forma, o direito contratual é regulado por disposições de vontade que se justificam no contexto do caso concreto, disciplinando de maneira restrita apenas questões relevantes dentro de determinado caso, o que consequentemente afasta

15. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 259.
16. NADER, Paulo. op. cit., p. 163.

a presença do instituto do desuso da lei.

Lecionando sobre os defeitos que apresentam, como causadores do desuso, Paulo Nader explana sobre as chamadas leis anacrônicas, contrárias aos usos e costumes sociais:

> [...] anacrônicas são leis que envelhecem durante o seu período de vigência e não foram revogadas por obra do legislador. Permaneceram imutáveis, enquanto a vida evoluía. Durante uma época, cumpriram a sua finalidade, para depois prejudicar o avanço social. O legislador negligenciou, permitindo a defasagem entre as mudanças sociais e a lei. A própria vida social incumbiu-se de afastar a sua vigência, ensaiando novos esquemas disciplinares, em substituição à lei anacrônica[17].

O instituto em debate pressupõe a existência concomitante de dois elementos, a *generalidade* e o *tempo*[18]. A generalidade remete ao alcance da norma dentro do ordenamento jurídico como um todo, ou seja, para a norma ser efetivamente considerada como um instituto em desuso deve primeiramente ser realizada uma análise sistemática, buscando sua adequação em todos os ramos do ordenamento jurídico e, somente quando não aplicável à nenhuma subdivisão jurídica, a norma poderá ser considerada efetivamente em desuso. O elemento temporal por sua vez pressupõe vigência da norma e consequentemente seu esquecimento pela sociedade. Desse modo, o elemento temporal é definido como sendo um lapso temporal em que a lei ainda encontra-se plenamente em vigência, mas que, diante de um novo comportamento social, deixou de ser lembrada pela sociedade, perdendo seu sentido e eficácia normativa.

Não obstante aos elementos de generalidade e de tempo exigidos para a configuração das situações de desuso normativo, encontra-se ainda o desuso decorrente da chamada lei que "[...] nasceu letra morta, não tendo logrado eficácia logo de sua formal entrada em vigor"[19]. Então, o instituto do desuso não é restrito a normas que caminharam para a ineficácia ao longo do desenvolver social, sendo afeto também às normas que embora recentemente publicadas, nunca foram capazes de estabelecer efeitos concretos.

> Se uma norma é sintaticamente eficaz, mas é semanticamente inefetiva (é, de fato, regularmente desobedecida), fala-se em inefetividade pragmática no sentido de desuso, isto é, omissão que ocorre diante de fatos que constituem condições para a aplicação da norma. Se uma norma é sintaticamente ineficaz e desobedecida regularmente (semanticamente inefetiva), tem-se a inefetividade pragmática no sentido de costume negativo, ou melhor, omissão que se dá porque os fatos que seriam condição para a aplicação da norma não ocorrem[20].

17. NADER, Paulo. op. cit., p. 165.
18. Cf. NADER, Paulo. op. cit., p. 163.
19. NETTO, Machado apud NADER, Paulo. op. cit., p. 164.
20. DINIZ, Maria Helena. **Introdução a Ciência do Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 177.

O instituto do desuso da lei ratifica a ideia da potencialidade do comportamento social como fonte normativa capaz de transparecer a eficácia de uma norma dentro do contexto histórico-cultural de um povo. No entanto, o esquecimento da lei através da vontade social encontra resistência quando analisado em face aos critérios formais de revogação das normas jurídicas, visto que a regra trazida pelo *caput* do artigo 2.° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro disciplina que "a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue"[21]. Assim, em princípio o ordenamento jurídico brasileiro restringiu à hipótese de revogação legal a uma espécie normativa de igual ou superior hierarquia, estando então à possibilidade de revogação limitada a uma ferramenta de similar natureza, decorrência lógica do chamado positivismo jurídico. "Toda essa problemática, relativa às normas obsoletas e inapropriadas, conduz diretamente à crítica do positivismo exacerbado e induz diretamente à aplicação da teoria tridimensional ou de doutrinas axiológicas"[22].

A perda da eficácia de uma norma está ligada ao processo de adaptação social, o qual tende a diversificar de acordo com as alterações comportamentais aferidas no contexto organizacional da sociedade. "A vigência da lei é, por conseguinte, de natureza tal que ela, normalmente, somente cessa nas condições e no tempo em que nela mesmo se determinar, ou que venha a ser determinado por nova lei"[23]. Essa normatividade abstrata é contraposta aos novos valores e comportamentos exarados pela sociedade, fazendo com que a regra jurídica permaneça adstrita apenas a um tecnicismo legal, tornando sua aplicação inapropriada e carente de fundamentação ideológica.

> A vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações, por múltiplos motivos [...]. O hábito de viver vai aos poucos influindo sobre as normas jurídicas, mudando-lhes e transformando-as até mesmo nos seus pontos essenciais, ajustando-as às necessidades fundamentais da existência coletiva[24].

A normatividade abstrata da lei em desuso insurge a própria sociedade contra o ordenamento jurídico, visto que as liberdades públicas e/ou individuais são limitadas de forma que vieram a se tornar inoportunas e inadequadas, deixando de transmitir os anseios e conceitos sociais. Destarte, a ausência de abstratividade decorrente do processo histórico cultural enseja discussões no que tange a aplicabilidade dessas normas, pois, considerando a relevância no emprego de lei contraposta aos interesses sociais, suas condições de uso

---

21. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.
22. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**: lições preliminares. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.
23. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157.
24. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 609-610.

gradativamente deixaram de existir, tornando obsoleta sua aplicação. A validade das leis em desuso é sustentada através de questões ligadas a hierarquia e fontes do direito. A fim de elucidar a questão, Paulo Nader emprega lições de François Gény, jurista francês, que em sua obra *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, de 1922, negou valor de revogação ao desuso, o classificando apenas como fonte de participação popular na elaboração de novas normas no seio da ordem jurídica, embora ressaltando que a solução da questão estava subordinada às condições políticas e sociológicas vividas dentro de determinado período histórico, podendo "dar-se soluções diferentes segundo o estado da civilização e o grau de evolução política em que se encontre"[25]. O critério hierárquico por sua vez, está consolidado no atual positivismo jurídico, traduzido pelo ordenamento jurídico brasileiro através da regra de que a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. Neste aspecto, o autor retro mencionado apresentou ensinamentos doutrinários de Vicente Ráo, o qual repudiava "[...] os conceitos de *consuetudo abrogatoria* ou de *desuetudo*, por incompatíveis com a função legislativa do Estado e com a regra segundo a qual as leis só por outras leis se alteram, ou revogam, no todo, ou em parte"[26].

No entanto, as posições contrárias à revogação das leis através do desuso não são unânimes, restando críticas no sentido de que ao permitir à incidência do instituto do desuso, o Estado estaria renunciando de maneira tácita à aplicação da lei e, que a subsistência das leis dentro do ordenamento jurídico exigiria um estado mínimo de eficácia. Este primeiro viés atribui ao Estado a responsabilidade de zelar pela eficácia e prestígio das leis, que através de suas entidades encarregadas pela aplicação e adequação das normas, torna-se verdadeiro garantidor da efetividade legal. Desse modo, todo e qualquer descrédito, ou ausência significativa de uso da lei remete a uma desídia estatal em não realizar a aplicação ou promover sua atualização de modo que corresponda ao contexto histórico social vivido, pois "[...] a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana"[27]. Assim, a contraposição entre a vontade social e a indiferença estatal representa uma real abdicação ao poder imperativo da lei em desuso, importando consequentemente na renúncia tácita à sua vigência e obrigatoriedade.

Uma segunda vertente defensora da aplicação do desuso como forma de revogação das leis é assentado na exigência de condições mínimas de eficácia. Para esta teoria uma lei somente possui "status" de norma formalmente válida quando possuir porção de eficácia e aplicabilidade, não sendo suficiente apenas a obediência aos critérios técnico-formais legislativos. Adentrando na discussão, José Flóscolo da Nóbrega ensina que caso a "[...]

25. GÉNY, François apud *NADER, Paulo. op. cit., p. 166.*
26. RÁO, Vicente apud NADER, Paulo. op. cit., p. 167.
27. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

desuetudine se prolongue por tempo bastante para gerar a convicção de que a lei é apenas forma vazia, já não se legitimaria a exigência de sua aplicação – esta seria ao mesmo passo uma surpresa e uma arbitrariedade, o que é a negação mesma da justiça"[28]. Mas, grande lição sobre a necessidade de existência de um mínimo de eficácia para validade das normas no direito emana de um dos maiores símbolos do positivismo jurídico, pois segundo Hans Kelsen:

> Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência[29].

A condição mínima de eficácia da lei é, ao menos para a doutrina clássica, o principal fundamento que sustenta a inaplicabilidade da lei em desuso. Para Antônio Bento Betioli, fundamentando-se na doutrina de Miguel Reale, "[...] seria um absurdo pretender sua aplicação tão-somente por apego ao princípio da revogabilidade formal da lei por outra lei o qual constitui uma categoria histórica, variável no espaço e no tempo [...]"[30]. O citado autor continua sua explanação afirmando que "[...] não são apenas razões éticas e sociais que justificam a não-aplicação da norma legal em manifesto desuso, mas é a estrutura tridimensional mesma da regra jurídica que exige que essa, além da vigência, tenha um mínimo de eficácia"[31].

No entanto, Silvio Salvo Venosa propõe uma terceira alternativa possível para a eliminação das injustiças trazidas pela aplicação da lei em desuso, consistente na utilização do primado traduzido pelo artigo 5.° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, "[...] na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina, e às exigências do bem comum"[32]. Segundo o mencionado autor esta vertente é fundada no respeito aos valores sociais presentes no momento de aplicação da lei, "[...] tanto para aquelas que nascem mortas, em virtude de sua inadequação social ou material, como para aquelas que morreram pela sua adolescência, por terem perdido sua oportunidade e

---

28. NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução ao Direito**. 8. ed. rev. e atual. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007, p. 147.
29. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução José Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 8.
30. BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**: lições de propedêutica jurídica. São Paulo: Hermes Editora, 1989, p. 127.
31. BETIOLI, Antônio Bento. op. cit., p. 127.
32. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

conveniência [...]"[33].

O desuso da lei pode ser visualizado apenas como uma fase preparatória para a revogação legal emanada por norma de igual ou superior hierarquia. Neste aspecto, o desuso seria apenas fonte de consulta estatal sobre determinado comportamento social e acerca da relevância exercida pela norma que disciplina e/ou limita sua conduta, não possuindo poderio capaz de derrogar a aplicação da lei. Para uma segunda vertente, o desuso transparece a vontade social frente a determinado comportamento ou norma, reconhecendo a existência de um Poder Social com competência para derrogar leis desleixadas pelo Poder Público, seja por não promover a adaptação normativa aos anseios sociais, ou ainda, pela ausência de um mínimo de eficácia exigido para validade da lei. Neste segmento, em que pese à discussão retro mencionada, o instituto ora estudado pode ser entendido como uma das ferramentas de revogação de lei estranhas a competência privativa do Poder Estatal, funcionando paralelamente com o instituto do costume *contra legem*, o qual é tratado por alguns doutrinadores como sinônimo do próprio desuso, mas que com ele não se confunde, visto suas peculiaridades e diferenciais estudadas no item subsequente.

O COSTUME *CONTRA LEGEM*

A reiteração de um comportamento não legitimado por nenhuma norma jurídica, somada a uma convicção de obrigatoriedade constitui o conceito clássico de costume no ramo do direito. A persistência social quanto à prática de uma conduta não legalizada remete, em regra, a um estado de espontaneidade, visualizado não quanto à essência do comportamento, o qual é germinado na consciência do agente, mas sim quanto aos seus efeitos, pois a vontade social é direcionada a uma finalidade que vem a ser aferida não apenas pela ausência de uma norma jurídica, mas sim por um querer social voltado a disciplinar determinada conduta até então não prevista no ordenamento jurídico.

> Não basta, portanto, a repetição material do ato para se ter um costume 'jurídico', porque é essencial que seja marcada e acompanhada do convencimento da sua obrigatoriedade, da sua necessidade ou conveniência para realizar um valor positivo, considerado de interesse social, como para impedir a ocorrência de um desvalor. Sem essa convicção, não passaria de um simples costume ou uso 'social', que não se confunde com o jurídico (coercível e atributivo)[34].

A casuística do costume é então analisada sob o enfoque de dois pressupostos, sendo o primeiro de natureza objetiva e, um segundo, de ordem subjetiva. O elemento objetivo é obtido quando evidenciada a reiteração prolongada de uma conduta em um

33. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 108.
34. BETIOLI, Antônio Bento. op. cit., p. 99.

lapso temporal socialmente vivenciado, extraído de forma individual, mas exteriorizado por toda uma coletividade. A caracterização subjetiva do costume consiste na *opinio juris ac necessiatate*, ou seja, "[...] a consciência da necessidade jurídica da conduta, a convicção de se tratar de um comportamento que deve ser seguido, por ser necessário ao interesse comum"[35]. O elemento subjetivo é regulado pelo sentimento humano de que determinado comportamento perdeu seu caráter facultativo, constituindo uma ideia de obrigatoriedade, e que eventual inobservância seria nociva aos interesses comuns.

A presença dos costumes no ordenamento jurídico ensejou uma classificação doutrinaria e jurisprudencial quanto a seu modelo de influência, sendo classificado em *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. O costume *secundum legem* é um modelo de prática reiterada de comportamento que em algum momento é previsto por uma norma de natureza estatal, constituindo fonte formal do direito, mas com aplicação restrita pelos ditames mandamentais da lei. "O costume segundo a lei já foi transformado em lei e portanto deixou de ser costume propriamente dito. [...] essa modalidade se caracterizaria pelo fato de a própria lei remeter sua interpretação ou compreensão aos costumes"[36]. Diferentemente do costume *secundum legem*, o costume *praeter legem* é o mais conhecido dentro do ordenamento jurídico pátrio, previsto no artigo 4.° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, representa ferramenta de hermenêutica jurídica. O costume *praeter legem* é utilizado quando percebida a ausência da lei para disciplina de um caso em concreto, ou quanto existente, omissa de forma parcial ou em sua integralidade, ensejando o uso dos costumes para efetivar a resposta estatal.

> Quando o legislador se atém expressamente ao costume numa situação particular ou se atém expressamente ou tacitamente ao costume nas matérias não-reguladas pela Lei (é o caso do assim chamado ***consuetudo praeter legem***, ou seja, do costume além da lei), ele acolhe normas jurídicas já feitas, e enriquece o ordenamento jurídico em bloco com um conjunto, que pode ser também considerável, de normas produzidas em outros ordenamentos, e talvez em tempos anteriores à própria constituição do ordenamento estatal[37].

O costume *praeter legem*, embora verificado através de uma permissão legal, estabelece uma inovação em termos jurídicos, visto que embora delimitada pelos exatos termos da lacuna, introduz um novo modelo decisório ao caso concreto, sendo a junção entre o poder estatal (judiciário) e a vontade social. Segundo Bento Betioli, em análise quanto às fontes formais do direito, "costumes jurídicos que exprimem o Poder Social, ou seja, o poder decisório de ânimo do povo"[38].

Uma última classificação dos costumes recai sob a modalidade *contra legem*, ou

35. NÓBREGA, José Flóscolo da. op. cit., p. 147.
36. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 128.
37. BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 39.
38. BETIOLI, Antônio Bento. op. cit., p. 72.

seja, aquele compreendido como contrário à lei. O costume reverso a lei é alicerçado em um modo de agir social que inicialmente é contraposto a vontade legal, inverso ao propósito estatal incorporado à norma jurídica. “O costume *contra legem* é o que se opõe, se mostra contrário à lei. Denomina-se costume *ab-rogatório*, pois coloca a lei à margem. Quando torna uma lei não utilizada, denomina-se *desuso*”[39]. Portanto, o sentido formal do costume *contra legem* é a prevalência de uma norma consuetudinária antagônica ao dispositivo legal, quando não derrogando a lei, ao menos contestando sua aplicabilidade, visto que, aprioristicamente, a norma carece da razão de estar seio do ordenamento jurídico, sendo consequentemente incompatível com os modernos anseios sociais.

No entanto, para a conceituação do costume *contra legem* sob a ótica do direito penal, deve ser realizada uma análise em perspectiva minuciosamente diversa do conceito comum atribuído, de forma doutrinária e jurisprudencial, ao costume dentro do ordenamento jurídico. Como mencionado acima, o costume é fundamentado em dois elementos, sendo o objetivo composto pela prática reiterada de um comportamento social e, o aspecto subjetivo atinente à convicção da obrigatoriedade desta conduta. Contudo, em decorrência da criação de um tipo penal incriminador surge uma norma de caráter proibitivo, que embora como ocorre no ordenamento jurídico pátrio, não traga um comportamento negativo em suas disposições legais, descreve que a prática de determinada conduta acarretará a imposição da sanção nela prevista, criando assim uma norma de natureza proibitória. E neste aspecto, o costume *contra legem* quando analisado frente ao direito de punir do Estado não pode ser entendido como a reiteração de um comportamento social e a convicção de sua obrigatoriedade, visto a incompatibilidade da imposição de uma conduta, estabelecida *erga onmes*, a um tipo penal incriminador de natureza proibitiva, pois neste caso o comportamento contrário seria realizado por meio de uma imposição, o que acarretaria um verdadeiro contrário *sensu* aos ditames de política criminal.

A fim de evitar a contrariedade conceitual do costume *contra legem* com os ideais de política criminal, a definição quanto ao elemento subjetivo desta espécie de costume ocorreria de forma paralela à ideia proibitiva da norma, ou seja, em uma noção tendente a afastar a ilicitude do comportamento. Deste modo, o conceito de costume contrário à lei em direito penal teria também como elemento objetivo a prática social e reiterada de uma conduta, no entanto, em aspecto subjetivo, a convicção de obrigatoriedade seria substituída pela consciência de não ilicitude. Essa ideia de não ilicitude decorre da premissa natural de liberdade, consistente no direito fundamental consagrado no artigo 5.º, inciso II da Constituição Federal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”[40]. Nesse momento, é mister ressaltar que, em pese o

39. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 128.
40. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://

princípio da legalidade estrita restar afrontado quanto à existência de um costume contrário à norma, ou seja, violador de norma penal incriminadora, a procedibilidade formal da lei não é contestada, mas sim sua relevância jurídica dentro do contexto social vivido.

> A eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com sua observância. A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência. Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante isso, podem ser consideradas socialmente eficazes, são normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social[41].

No entanto, é oportuno salientar que a consciência de não ilicitude, elemento subjetivo do costume *contra legem*, não pode ser confundida com Erro de proibição e a ignorância da lei. O Erro de proibição é majoritariamente conceituado como "[...] a falsa percepção do agente acerca do caráter ilícito do fato típico por ele praticado"[42], ou seja, é a ausência de ciência acerca da ilicitude comportamental, enquanto a ignorância é classificada como a "falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (trata-se de um estado negativo)"[43]. Embora ambos institutos sejam tratados como sinônimos pelo Código Penal brasileiro, os mesmos guardam concisas distinções com relação ao elemento subjetivo do costume *contra legem*, sendo este analisado em aspecto objetivo quando determinado comportamento esteja sendo repetidamente exteriorizado, dentro de um lapso temporal considerável, por toda uma sociedade, ao passo que seu elemento subjetivo consistiria na percepção de que conduta socialmente materializada não satisfaz a tipificação necessária como ilícito atinente ao direito penal. Desse modo, o costume *contra legem* difere do Erro de proibição e da ignorância da lei quanto à reiteração comportamental, visto que o instituto do costume exige à sua configuração um padrão de conduta reprisado no contexto da sociedade na qual está inserido, diversamente das excludentes do Erro de proibição e da ignorância, que são analisadas de acordo com as particularidades da situação em concreto. Assim, os elementos subjetivos que distinguem os institutos em análise estão intimamente atrelados aos seus próprios aspectos objetivos, ou seja, no Erro de proibição e na ignorância da lei a consciência real, a potencial consciência ou desconhecimento da lei são aferidos de maneira individual, nos termos do caso concreto, enquanto no costume contrario a lei, a análise recai sobre os comportamentos exteriorizados por toda uma coletividade, traduzindo o elemento subjetivo como o pensamento social de não ilicitude

---

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

41. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 199-200.

42. MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010, p. 282.

43. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 361.

com relação à conduta materializada.

A distinção conceitual do costume *contra legem* quanto ao direito penal não é a única problemática relativa a esta espécie de costume. Como afirmado no subitem anterior, parcela da doutrina tende a utilizar o gênero de comportamento social em discussão como sinônimo ao instituto do desuso da lei, no entanto, particularidades diferenciam estes dois mecanismos de transmutação do Poder Social. Sobre o tema, Antônio Bento Betioli afirma que o costume *contra legem* "[...] diz mais que o *desuso* (quando a lei nunca foi ou a partir de certo momento deixou de ser vivida e aplicada), pois prevalece no seio da comunidade a obediência a uma norma consuetudinária diversa, criada pelo costume, tornando-se a norma legal morta"[44]. A dessemelhança entre os institutos pode ser aferida inicialmente através da eficácia social da norma jurídica comparada, pois o desuso remete a uma concepção de inaplicabilidade da lei, visto o desaparecimento das condições mínimas exigidas para o emprego da norma, fazendo da regra uma disciplina vaga, sem aplicabilidade e eficácia. "O costume *contra legem* é o que se opõe, se mostra contrário à lei. Denomina-se *costume ab-rogatório* pois coloca a lei à margem. Quando torna uma lei não utilizada, denomina-se *desuso*"[45].

> Chama-se ***desuetudo*** ou ***consuetudo abrogatoria*** uma regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a entende como obrigatória conforme uma necessidade jurídica, e que dispõe de maneira contrária a disposição legal. [...] Difere, neste sentido, de ***desuso***, embora haja autores que identifiquem ambos, pois o ***desuso*** implica apenas a desobediência à norma, mas não a criação de outra que se lhe oponha, o que, na prática, não é fácil de se distinguir, pois uma conduta que seja oposta a uma norma pressupõe uma regra que a justifique, segundo o principio pelo qual não há conduta que não esteja, ou de modo obrigatório, ou proibido ou permissivo, sob o império do direito[46].

Deste modo, em que pese discussões em sentido contrário, ainda com afirmações de que o instituto do desuso seria uma forma de costume *contra legem* devido ao seu caráter de manifestação da vontade social[47], a diferença característica do desuso com o costume contrário à lei reside no fato de que, para a ocorrência do primeiro instituto, pressupõe a existência de uma norma jurídica plenamente em vigor, no entanto inaplicável devido a uma nova forma de comportamento social, o que consequentemente acarreta a ausência dos requisitos mínimos de adequação típica. O costume *contra legem* é comparado em sentido contrário ao desuso, pois na ocorrência do mesmo estão presentes tanto a norma jurídica em vigor, como também as condições para sua aplicabilidade, sendo *a priori* plausível a

44. BETIOLI, Antônio Bento. op. cit., p. 102.
45. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 128.
46. FERRAZ JR. Tércio Sampaio In FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Desuetudo**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 24, 1977, p. 293.
47. Cf. NÓBREGA, José Flóscolo da. op. cit., p. 147.

extração da finalidade precípua da norma. Todavia, embora seja absolutamente possível a aplicação da norma e a produção de seus efeitos primários, o primado da justiça estaria sendo inobservado, visto que o emprego da norma é tido, naquele momento histórico, como socialmente inoportuno e desnecessário, pois a alteração dos bens jurídicos elevados como essenciais pela sociedade sofreram ao longo do processo histórico-social significativas modificações, e fazendo das regras pretéritas apenas instrumentos ultrapassados a uma aplicabilidade socialmente justa da norma. Assim, no costume *contra legem* é fática e juridicamente possível a aplicação da norma, embora seja socialmente inadequada, sendo o seu eventual emprego contraposto aos valores sociais vividos, implicando o desacredito da lei como ferramenta de controle social e a tornando mero obstáculo ao progresso da coletividade.

Neste conturbado contexto, o costume *contra legem* é discutido como instrumento de derrogação e ab-rogação da lei. Essa problemática ocorre em mesmo sentido àquela expressa anteriormente relativa à revogação da lei pelo desuso. A *consuetudo ob-rogatoria* adentra no contexto da revogação das normas jurídicas em caráter supra legal, visto que o ordenamento jurídico brasileiro, adotando a princípio um primado pela máxima segurança jurídica, efetivou a regra que uma lei somente poderá ser revogada por outra, de semelhante ou superior hierarquia. Assim, conforme exposto alhures, em prévia análise, o costume *contra legem* não possui força normativa capaz de revogar disposições normativas em contrário. Neste sentido, Haroldo Teixeira Valladão afirma que apenas o afastamento, a vedação ou a omissão da utilização de um costume revogatório não é suficiente para a completa inutilização do instituto, pois considera o costume expressão da vontade coletiva, a qual vai a refletir diretamente na eficácia e consequentemente na vigência da disposição legal. Nas palavras do mencionado autor:

> A prevalência do costume sobre a lei verifica-se como um fato e ao tribunal cabe apenas reconhecê-lo e proclamá-lo. A declaração contrária da lei é irrelevante, pois se o costume se constitui contra a lei ou se esta caiu em desuso, é porque a lei já morreu em virtude da verdadeira força social, da autêntica vontade geral do povo e não há proclamação por mais solene, que a possa ressuscitar[48].

A ideia de prevalência do costume *contra legem* em face da disposição normativa tende a ser observada e conceituada de forma diversa quando comparada à disposição normativa prevista no *caput* do artigo 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segundo o mencionado artigo "[...] a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue"[49], o que remete a uma interpretação de que a aplicabilidade da lei terá prevalência

---

48. VALLADÃO, Haroldo Teixeira In FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Ab-rogação da Lei Especialmente pelo Costume**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1977, p. 476.

49. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/

enquanto não houver disposição normativa alteradora ou revogadora. No entanto, conforme interpretação positivista, resta carente o fundamento que busca atribuir caráter revogatório ao costume contrário a lei, mesmo quando considerado como ferramenta de expressão da vontade social e do direito positivo, sendo a vedação em consonância com a incompatibilidade do debatido instituto e a função legislativa do Estado, prevalecendo à estabilidade do ordenamento e consequentemente a máxima segurança do sistema jurídico. Todavia, a discussão em análise apresenta-se desnecessária, pois o núcleo de prevalência do costume *contra legem* em face de disposição legal em vigência não decorre necessariamente de sua revogação, mas apenas de uma preferência quanto à aplicabilidade do mesmo, resguardando ao Poder Legislativo às hipóteses supressão legal. Partindo da expressão de Silvio de Salvo Venosa que atribui ao costume *contra legem* o efeito de colocar a lei à margem[50], seu emprego não necessariamente ensejaria a revogação da lei conforme os críticos aliados ao sistema positivista, pois a escolha desta modalidade de costume contrário à lei estaria unicamente afirmando à existência de normas contrárias a vontade social, que abstrairiam a aplicabilidade da norma em decorrência de sua ausência de eficácia e consequente perda de validade, mas jamais determinando de forma expressa uma revogação.

No critério acima analisado, o costume *contra legem* tem uma premissa apenas de preferência na utilização de uma norma social vigente à disposição legal carente de eficácia, não adentrando no mérito relativo à revogação da norma, o qual permaneceria sob a competência legislativa. Esse segmento tem sua essência materializada na premissa do artigo 5.º também da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que "[...] na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"[51]. Nessa maleabilidade conferida pela lei estão alicerçados os principais argumentos defensores da derrogação da norma jurídica por seu costume em contrário, os quais buscam demonstrar que a norma legal inicialmente contestada e superveniente superada pela sociedade perdeu sua total razão de estar regra jurídica, visto que não atende mais aos fins sociais para os quais foi elaborada, não fazendo justiça a persistência em sua aplicação. "Malgrado a tenaz oposição das legislações modernas ao *dessuetudo*, e, até mais, ao *costume ab-rogatório* não há como negar mais êste caso de 'revolta dos fatos contra os códigos' quando o costume se opõe eficazmente à lei escrita"[52].

Mesmo que inicialmente repugnado, o costume *contra legem* tende a ser ao menos

---

Del4657.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

50. Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 128.

51. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

52. MACHADO NETO, Antônio Luís. op. cit., p. 222.

analisado no caso concreto em virtude "[...] dos fins socais e a exigência do bem comum"[53], requisitos estes indispensáveis ao magistrado quanto da aplicação do direito. Esta é a posição de Clóvis Beviláqua que, citado por Maria Helena Diniz[54] e Silvio de Salvo Venosa[55], embora inicialmente negando valor ao costume *contra legem*, ressalva:

> Todavia, se o legislador for imprevidente em desenvolver a legislação nacional de harmonia com as transformações econômicas, intelectuais e morais operadas no país, casos excepcionais haverá em que, apesar da declaração peremptória da ineficácia da ab-rogatórias do costume, este prevalecerá *contra legem*, porque a desídia ou incapacidade do poder legislativo determinou um regresso parcial da sociedade da época, em que o costume exercia, em sua plenitude, a função de revelar o direito, e porque as forças vivas da sociedade não se divorciam, nesse caso das normas estabelecidas na lei escrita.

No entanto, ainda que admitido o costume *contra legem* com eficácia capaz de rejeitar a aplicação da norma devido a um juízo de respeito à vontade social, seu emprego, segundo posições relativamente positivistas, estaria condicionada a uma reiteração de decisões em concreto proferidas pelos tribunais. Essa teoria, desenvolvida inicialmente por Marcel Ferdinand Plainol (1853-1931), jurista francês autor da obra *Traité Élémentaire de Droit Civil* e, Edward Lambert (1866-1947), autor de *La fonction du droit civil compare*, foi denominada de teoria da sanção judicial, a qual passa a exigir, além da reiteração da prática de um comportamento social e a consequente convicção de sua obrigatoriedade, um terceiro elemento, este objetivo, que é a intervenção judicial proferida através de uma decisão em juízo colegiado. Segundo Plainol, o costume quando não ratificado por decisões proferidas por tribunais seria irrelevante e sem nenhuma força vinculatória, devendo ser renegado e abstraído do campo jurídico, visto que não passaria de um mero produto da imaginação social[56]. Todavia, esse critério foi criticado por sua incoerência quando analisado frente ao próprio direito positivado, ou seja, o sistema da derrogação através do costume *contra legem* estaria eternamente condicionado a pronunciamentos reiterados de tribunais colegiados, pois seria impossível existência de repetidas decisões sem que elas partissem de um nascedouro. Neste sentido, embora de elevada relevância para a efetivação dos costumes, a jurisprudência, denominada de teoria da sanção judicial, foi refutada como terceiro elemento necessário à constituição dos costumes, visto que sua existência não consiste em criar, mas sim declarar e reconhecer sua prévia existência.

Por fim, a admissão de um costume contrário à lei ainda é refutada devido às questões

53. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.
54. BEVILÁQUA, Clóvis apud DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 308.
55. BEVILÁQUA, Clóvis apud VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 129.
56. Cf. PLAINOL, Marcel Ferdinand apud ROCHA, Olavo Acyr de Lima In FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Costume no Direito Privado**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 21, 1977, p. 104.

de soberania estatal e consequentemente de sua competência una e positivista para criar e declarar o direito. Para resguardar esta competência os Estados tendem constantemente a produzir normas que quando não expressamente proíbem a derrogação ou a ab-rogação das leis pelo costume em contrário, dispõem tacitamente o negando, ao mencionarem que a vigência da lei estará condicionada a publicação de outra que a modifique ou a revogue[57]. No entanto, leciona Haroldo Teixeira Valladão, citando o jurista alemão Eneccerus-Kipp-Wolff I, com relação à proibição de eficácia derrogatória do costume *contra legem* ou consuetudinária negativa, "[...] ter a história demonstrado a ineficácia de proibir o caráter revogatório do direito costumeiro, e que se tal proibição *se tomasse en serio, la actividad de formactión del derecho por los tribunales estaria coartada en terminos intolerables*"[58]. Deste mesmo pensamento comunga Miguel Maria Serpa Lopes, em uma posição ainda mais favorável quanto à racionalidade do costume, ensina:

> Uma lei pode impor tudo, menos sua irrevogabilidade, e, embora ela prescreva, como medida de segurança, que a sua revogação só se pode dar em razão de outra lei escrita, a realidade, entretanto, é mais forte do que os preceitos, e a realidade, através de um costume reiterado, enraizado nos dados sociológicos, em harmonia com as necessidades econômicas e morais de um determinado povo, é demasiado poderosa e capaz, portanto, de romper os diques de uma norma, justa em regra, mas que, excepcionalmente, pode-se converter um mero artificio, respeitada, à semelhança de um filho que seguisse o paganismo paterno, somente para manter uma tradição, e não escutando um apelo de sua própria consciência[59].

Então, é demonstrado que a predominância de um costume contrário à lei escrita é resultado de um processo de reformulação de valores dentro do contexto histórico e cultural vivido pela sociedade, tornando-se verdadeira forma de expressão da justiça, visto refletir um consenso comum da sociedade, pois o direito "[...] não se compadece dêsse rigoroso logicismo racionalista e a vida social segue seus canais habituais ou consuetudinários, ignorando as sutilezas teóricas de doutrinadores e legislações"[60]. A validade do costume como ferramenta de derrogação da lei é inicialmente estranha aos princípios do Poder Estatal e reiteradamente rejeitada por aqueles filiados ao positivismo, todavia, essa posição vem sendo gradativamente revista, interligando a validade da norma a correspondente efetividade e eficácia produzida.

---

57. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.
58. VALLADÃO, Haroldo Teixeira. op. cit., p. 472.
59. SERPA LOPES, Miguel Maria apud DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 308-309.
60. MACHADO NETO, Antônio Luís. op. cit., p. 222-223.

O JUIZO DE REPROVABILIDADE SOCIAL E SEUS PRINCÍPIOS CORRELATOS NA POLÍTICA CRIMINAL

Os critérios de reprovabilidade de uma conduta estão atrelados ao contexto das ideologias, culturas e história de uma sociedade, as quais quando unidas, resultam na denominada política criminal. A conceituação de bens a serem protegidos pelo direito penal é angariada através de um processo de exclusão, afastando essa tutela como última vertente a ser acionada a fim de salvaguardar o bem jurídico ofendido, o qual deve possuir além de relevância, um caráter de essencialidade para com a sociedade. É neste contexto que se estabelece a política criminal de um Estado, que concomitantemente abriga valores sociais e estabelece quais lesões são indispensáveis à tutela jurídica penal.

> Imprescindibilidade do controle social: toda sociedade precisa de um sistema de controle para assegurar sua estabilidade e sobrevivência assim como de um sistema de normas (primárias e secundárias) que contemple modelos de conduta (dirigidos a seus membros), castigando-se (penalmente) os fatos que (de modo intolerável) coloquem em perigo o próprio grupo[1].

A política criminal será para o Estado um conjunto de princípios e valores estampados no comportamento social e norteadores da função estatal. “As leis penais são frutos de uma determinada vontade política manifestada pelos cidadãos por intermédio de seus representantes junto aos Poderes do Estado”[2]. Então, como reflexo da vontade social, a política criminal deve precisar apenas a proteção de bens tidos como imprescindíveis ao exercício das liberdades fundamentais inerentes ao homem como objeto da sociedade e, ao mesmo tempo, refutando a criminalização moralista, política e religiosa, adotando e respeitando uma concepção social fundada no pluriculturalismo, resultado da miscigenação racial e cultural presente na sociedade brasileira.

Todavia, o conceito de política criminal não está adstrito à criminalização de um ou outro comportamento e a sua relevância para o exercício das liberdades sociais, visto que “[...] a política criminal se dá tanto antes da criação da norma penal como também por ocasião de sua aplicação”[3]. Será neste aspecto a análise do presente tema, a política criminal após a elaboração da norma e os reflexos jurídicos e sociais emanados da sua aplicação, sendo necessário para tanto, o estudo dos mais importantes princípios norteadores da politica criminal e as relações a serem estabelecidas com ideia da derrogação da lei pelo costume

1. BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: Introdução e Princípios. Princípios. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2009, p. 25.
2. MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010, p. 12.
3. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

contra legem.

> Na instituição ou adoção de princípios e regras refletidas pelo sistema penal de um povo estão as marcas sensíveis de sua civilização e cultura, razão pela qual pode-se falar em 'leis que pegam' e 'leis que não pegam' como demonstração da afinidade ou do divórcio entre os interesses dos indivíduos e a vontade do Estado[4].

Os princípios a seguir estudados estruturam o modelo garantista, que converge diretamente com o chamado "direito penal mínimo" (*ultima ratio*). Essa concepção é detalhada por Luigi Ferrajoli através dos dez axiomas do sistema garantista aplicáveis ao direito penal contra "arbítrio ou erro penal"[5] quando exteriorizados pelo Estado como titular do *jus punniend*. Assim, esse sistema é construído por ideias de razoabilidade e racionalidade quando do uso do poder punitivo estatal, afastando a incidência do direito penal àquelas situações que demonstrem a imprescindibilidade de sua tutela, pois "[...] quem usa a espada afiada em todo o momento, inclusive para o combate (controle) de infrações insignificantes, deve saber que ela poderá falhar quando tiver que ser usada para um golpe realmente necessário"[6].

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A regulamentação jurídica do controle social é inicialmente permeada por disposições garantistas estabelecidas por textos constitucionais, observando propositalmente as liberdades inerentes ao convívio do homem em sociedade, instituindo por consequência vetores ao *ius puniendi* estatal. O primeiro pensamento principiológico quanto à limitação do poder punitivo do Estado é traduzido pelo brocardo latim *nullum crime sine lege*. O princípio da legalidade, de plausível relevância, é estampado de maneira superabundante pelo ordenamento jurídico pátrio, trazida pela redação original do Código Penal de 1941 e mantida pela Lei n.º 7.209/84, que alterou sua parte geral, sendo exibida logo em seu artigo 1.°, prevendo que "[...] não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal"[7]. No entanto, a assembleia constituinte de 1988 decidiu por bem não deixar esta garantia unicamente a mercê de uma norma ordinária, de simples revogação, resolvendo efetivá-la também no rol dos direitos e garantias individuais da atual Carta Constitucional, que em seu artigo 5.°, inciso XXXIX, trouxe igualmente a disposição de que

---

4. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p.12-13.

5. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica et al.3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

6. BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 297.

7. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

“[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”[8].

A origem do princípio da legalidade é debatida dentre os estudiosos do tema, uns atribuindo seu nascedouro a “Carta Magna de 1215, ao estabelecer em seu art. 39 que nenhum homem livre poderia ser submetido à pena sem prévia lei em vigor naquela terra”[9]. Para uma segunda posição, a Carta Magna de 1215 realizou apenas a formulação conceitual do principio da legalidade, remetendo sua atual matriz aos ideais do Iluminismo, que no final do século XVIII, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrou e efetivou a legalidade como norma delimitadora do Poder Estatal. Para Fernando Capez, embora reconhecendo a Carta Magna de 1215 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como fontes primárias ao princípio da legalidade, identifica a Teoria do Contrato Social como o ápice do desenvolvimento desse princípio. Segundo o citado doutrinador:

> Em 1762, com a Teoria do Contrato Social, de Rousseau, o principio da legalidade teve um grande impulso: o cidadão só aceitaria sair de seu estado natural e celebrar um pacto para viver em sociedade, se tivesse garantias mínimas contra o arbítrio, dentre as quais a de não sofrer punição, salvo nas hipóteses previamente elencadas em regras gerais, objetivas e impessoais[10].

A relevância do principio da legalidade vem sendo dividida em aspectos ou dimensões, de acordo com os efeitos gerados dentro do ordenamento jurídico. Essa subdivisão criou o principio da legalidade criminal (não há crime sem lei anterior que o defina), principio da legalidade penal (não há pena sem prévia cominação legal), princípio da legalidade jurisdicional (não há processo sem lei) e, principio da legalidade (*sic*) execucional (execução da pena em conformidade com a lei)[11]. Em que pese o alto valor de todas estas qualificações, será objeto do presente estudo apenas o princípio da legalidade criminal, o qual será tratado como já havia sendo, ou seja, genericamente como princípio da legalidade.

Outra subdivisão do principio da legalidade é aferida nas diferentes espécies de limitação do poder punitivo estatal, consistentes na proibição da retroatividade da lei incriminadora (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), na vedação da analogia *in malam partem*, na proibição de incriminações indeterminadas (*nullun crimem nulla poena sine lege certa*) e por fim, na impossibilidade de incriminação e penalização através dos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege sripta*)[12]. Esta última classificação tende a ser a de maior afinidade à discussão dos costumes como ferramenta de derrogação da lei,

---

8. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.
9. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 22.
10. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004, p. 41.
11. Cf. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.
12. Cf. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2010, p. 92.

visto que *a priori* o princípio da legalidade coíbe qualquer espécie de incriminação através da utilização de costumes, analogias ou de quaisquer outras fontes do direito senão por lei federal ordinária ou complementar (reserva legal), contudo, em momento algum obstruiu a possibilidade de descriminalização, exceto quanto à disposição genérica trazida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O primado funcional do princípio da legalidade se traduz pelo controle do poder punitivo estatal e, "[...] é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece as exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado"[13]. Esse aspecto traduz o fundamento jurídico do princípio da legalidade, que é o estabelecimento de uma taxatividade quanto ao enquadramento de um comportamento social a um tipo penal incriminador, reservando a certeza que a prática de um indiferente penal não será posteriormente penalizada por norma superveniente. A máxima garantia aferida pelo principio da legalidade é a fixação de regras invioláveis aos chamados arbítrios estatais, determinando a "[...] previsibilidade da intervenção do poder punitivo do *(sic)* estado"[14] e consequentemente assegurando ao cidadão o prévio conhecimento de que a conduta a ser praticada possui ou não tipificação formal apenável criminalmente.

Respeitados todos os efeitos teóricos e práticos do princípio da legalidade, bem como as discussões jurídicas atinentes a ele aqui não pormenorizadas, visto o foco específico do presente tema, passamos ao estudo dos efeitos do principio da legalidade e suas consequências quando discutido em face dos costumes dentro do direito penal.

Como retro afirmado, o princípio da legalidade vem prontamente afastar qualquer ideia de incriminação de conduta não tipificada por disposição legal prévia e milimetricamente precisa, tanto em sentido formal, quanto em sentido material.

> O agente tem de saber exatamente qual a conduta que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talante, alargar sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (***nullum crimem nulla poena sine lege certe***), como já aconteceu na histórica do Direito Penal no período da Alemanha nazista, da Itália facista, e na União Soviética, logo após a Revolução bolchevique[15].

A legalidade em sentido formal é compreendida com relação à observância dos trâmites processuais necessários a constituição e publicação das leis, ou seja, é a fase legislativa ou necessariamente anterior à vigência da lei penal. No entanto, o sentido formal do princípio da legalidade não possui afinidade relevante com os costumes, os quais

---

13. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.
14. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 67.
15. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2010, p. 93.

se relacionam substancialmente aos conteúdos normativos, pois o Direito Penal não é vinculado apenas a critérios formais de punibilidade, e sim a um cauteloso e criterioso juízo sobre comportamentos efetivamente lesivos a conservação da vida em sociedade, sendo denominado como o subprincípio da “legalidade material”. Esse principio é vinculado a um primado existencial do Estado Democrático de Direito, uma visão constitucional-social do Direito Penal que consubstancia a ideia matriz de punibilidade com o direito de liberdade individual e socialmente garantido. Segundo Silvio Franco:

> [...] no Estado Democrático de Direito, o simples respeito formal ao princípio da legalidade não é suficiente. Há na realidade, ínsito nesse princípio, uma dimensão de conteúdo que não pode ser menosprezada nem mantida num plano secundário. O Direito Penal não pode ser destinado, numa sociedade democrática e pluralista, nem à proteção de bens desimportantes, de coisas de nonada, de bagatelas, nem à imposição de convicções éticas e morais ou de uma certa e definida moral social, nem a punição de atitudes internas, de opções pessoais, de posturas diferentes[16].

Assim, o processo legislativo deve ser delineado sob os aspectos do principio da legalidade, tanto o formal, quanto material. No entanto, a observância prévia ao princípio da legalidade material não lhe garante a existência por todo o período de vigência da lei, ensejando assim o debate sobre a validade da lei em face da legalidade material da conduta. Essa legalidade acarreta a “[...] impossibilidade de se considerar uma conduta criminosa, se não for considerada lesiva a interesse juridicamente tutelado, merecedora de pena, de acordo com a visão da sociedade, independentemente da existência de lei”[17]. A legalidade material, analisada como princípio vetor de validade e aplicabilidade da lei penal, impede que uma conduta até então considerada criminalmente relevante, mas que ultrapassada socialmente, seja penalizada em respeito apenas ao critério de adequação da conduta a sua correspondente tipificação legal. Nesta discussão acerca da presença da legalidade material nos tipos penais vigentes, mas em discordância com a realidade social, é que surge o instituto do costume *contra legem*. Inicialmente o costume é refutado como norma incriminadora ou agravante genérica, visto que “[...] nunca pode ser empregado para criar delitos ou aumentar penas”[18]. No entanto, o costume *contra legem* passa a ser analisado paralelamente ou de forma complementar ao princípio da legalidade em sua vertente material, ou seja, o comportamento social é aferido através da prática reiterada de condutas exteriorizadas por seus indivíduos, criando assim os costumes, os quais passam a ser examinados em face dos tipos penais vigentes de maneira interpretativa (*secundum legem*), integrativa (*praeter* legem) ou negativa (*contra* legem). Vislumbrada a presença do

---

16. FRANCO, Alberto Silva apud CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 47.
17. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.
18. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 17.

costume negativo, torna-se necessário a realização do estudo comparativo com o princípio da legalidade material do delito, visto que a mera adequação fática se torna insubsistente para a efetivação do poder punitivo estatal, o qual exige ainda à necessária e precisa relevância social que ateste a legalidade material da intervenção, pois:

> Sempre que ocorre a subsunção formal da conduta à descrição legal, porém sem uma concreta ofensa ao bem jurídico tutelado, resulta excluída a tipicidade entendida em sentido material, isto é, uma conduta, para ser materialmente típica, deve não só adequar-se à literalidade do tipo penal senão também ofender de forma relevante o bem jurídico protegido. Diante da ausência de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico não se pode falar em fato ofensivo típico[19].

Assim, o instituto do costume *contra legem* aponta um de seus sustentáculos como ferramenta de derrogação da lei o princípio da legalidade em aspecto material. Nesse caso, os institutos, tendem a evidenciar a relevância, ou no caso do costume negativo a irrelevância, da norma jurídica dentro do ordenamento no contexto do período histórico cultural vivido pela sociedade, demonstrando que a norma carece de uma nova adaptação social, pois o Direito Penal passa a não ser o único capaz de exercer a tutela do bem jurídico, podendo sua guarda ser concretizada por diferentes ramos do direito que não o fundado no *jus puniendi*, pois este é considerado fragmentário com relação às demais subdivisões do ordenamento, o que implica na inadaptação da tutela penal por ausência de eficácia e validade, ambas decorrentes da perda da legalidade material dentro do tipo penal. No entanto, a legalidade material não é o único dos princípios de política criminal que está intrinsicamente vinculado aos fundamentos derrogatórios do costume *contra legem*, constituindo também pressupostos a esta ferramenta os princípios da adequação social, fragmentariedade e intervenção mínima, a seguir estudados e comparados.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Um segundo aspecto de política criminal intimamente entrelaçado ao princípio da legalidade é a condição mínima de intervenção que o Estado deve buscar e respeitar com relação às liberdades sociais. A intervenção mínima é uma complementação do princípio da reserva legal, o qual passa a exigir para o exercício do *jus punniendi*, uma norma prévia, específica (ordinária ou complementar), certa e ainda indispensável à tutela dos interesses sociais. Então, o sentido primário da intervenção mínima é de condicionar e limitar o emprego da tutela restritiva do *jus libertatis* somente nos casos maximamente necessários, isso é uma decorrência do postulado de que "[...] a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade,

---

19. FIORE, Carlo apud BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 357.

os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes"[20].

A tutela punitiva estatal é considerada a máxima intervenção nos direitos inerentes ao homem como ser livre e racional, isso por consequência da restrição ao direito de liberdade imposto pelo *jus puniendi*. Desse aspecto, surgiu uma ideia de fracionar os ramos do direito de acordo com os bens jurídicos protegidos e as consequências de suas tutelas, de modo que, a ideia de que os bens considerados com maior relevância social mereça a proteção do direito penal mostra-se equivocada, sendo na verdade, necessário demandar do direito penal quando a defesa do bem jurídico violado apresentar-se inócua pelos demais ramos do direito, buscando a partir de então o auxilio da intervenção penal, o qual deverá sempre estar harmonizado entre a máxima proteção e a mínima intervenção.

A matriz do princípio da mínima intervenção é atribuída ao postulado de que "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e, ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada" (tradução nossa)[21]. Essa disposição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabeleceu em apenas um artigo três grandes princípios atinentes ao direito de punir do Estado, a mínima intervenção, a legalidade e a anterioridade. A ordem de sistematização destes princípios pode não pesar de forma relevante em uma análise superficial, mas quando observada e contextualizada dentro dos critérios de política criminal, a sequência estabelecida é de primada importância, traduzindo, que a intercessão do direito penal somente será aceita caso evidenciado que um comportamento afrontar a integridade social e, quando os demais ramos do direito não sejam capazes resguardar de forma eficaz o bem jurídico violado, através de uma norma jurídica previamente estabelecida e legalmente aplicada.

Todavia, não apenas para critérios de incriminação tem vida própria o princípio da intervenção mínima, o qual também vem a ser efetivamente utilizado como ferramenta de descriminalização. Vislumbrado um novo comportamento capaz de colocar em risco a estabilidade social e, sendo a tutela dos demais ramos do direito ineficiente, decide o Estado pela criminalização da conduta. A partir de então, o curso histórico-cultural da sociedade passa por mudanças e transformações, assim como os ramos do direito que tendem, em regra, a cada dia se aperfeiçoarem mais, fazendo com que previsões incriminadoras

---

20. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 86.

21. FRANCE. Representans Du Peuple François. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Versailles: Décretés par l'Assemblée Nationale dans les séances des 20, 21, 23, et 26 aoust 1789, acceptés par le Roi, 1789: Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>. Acesso em: 30 ago. 2012 (*La Loi ne doit* établir *que des peines strictement et* évidemment nécessaires, et *nul ne peut* être *puni qu'en vertu d'une Loi* établie *et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*).

tornem-se vazias ou descompassas com a nova realidade, podendo ser agora plenamente tuteladas por outros ramos do direito.

> O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores[22].

O direito penal como *ultima ratio*, posto em estado de espera para somente ser utilizado quando nenhuma outra norma mostrar-se eficaz a tutela pretendida é plenamente reconhecido como critério norteador legislativo da política criminal. Essa aceitação foi imposta pela tendência mundial de tutela e valorização da dignidade da pessoa humana, que tem em sua vanguarda o *jus libertatis*, este considerado como principal fundamento existencial do princípio da mínima intervenção, pois "[...] radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dado social"[23]. Assim, o controle social é efetivado através de um critério hierárquico, considerando como de maior graduação não o que protege os bens socialmente mais relevantes, mas sim aquele que traz como consequência de sua tutela uma maior interferência nos direitos e liberdade individuais da coletividade.

O aspecto descriminalizador do princípio da intervenção mínima é presente quando a conduta tipicamente incriminada carece da relevância social exigida ao grau de direito penal. Isso é uma decorrência da mutação dos conceitos coletivos advindos do processo de evolução histórico-cultural da sociedade, fazendo com que a norma dotada de tipicidade formal e ainda com a presença dos requisitos que demonstram a materialidade do delito, tenha sua justificação inócua, pois não presta aos anseios da sociedade atual como norma de direito penal.

> O Direito penal (do *ius libertatis*) tem que assumir sua configuração liberal-democrática. Para isso devem ser abolidos todos os delitos que não se coadunam com o atual quadro axiológico constitucional. A estrita observância dos princípios constitucionais penais apresenta-se como um bom caminho para se alcançar a mínima intervenção penal. A Justiça criminal, na sua forma clássica, só tem que atuar em casos muito graves, que impliquem a pena de prisão[24].

---

22. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2010, p. 45.
23. ROXIN, Claus apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 44.
24. BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 288.

Uma questão delicada surge quando o Estado, através de seus legisladores, não observa os novos ditames sociais, permanecendo inerte com relação à descriminalização de condutas até então formalmente tipificadas como ilícitos penais. Neste momento, o positivismo jurídico é defendido quanto à continuidade da aplicação dos preceitos ainda não formalmente revogados, utilizando como sustentáculo jurídico a disposição trazida pelo artigo 2.° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Todavia, essa corrente vem em descompasso ao princípio da mínima intervenção, pois analisado em sua perspectiva pós-legislativa, é incoerente a manutenção de um tipo penal incriminador que possuía respaldo social somente por desleixo legislativo, ou seja, a inércia do legislador em promover a adaptação das normas incriminadoras aos novos preceitos sociais não constitui parâmetro aceitável à continuidade da restrição do *jus libertatis* individualmente analisado. Então, constatada a presença de uma norma socialmente estranha ao ordenamento jurídico, mas ainda positivamente aplicada, torna-se necessário ao aplicador do direito consubstanciar os efeitos materiais do costume *contra legem*, que são de evidenciar os anseios sociais, com os propósitos do princípio da intervenção mínima, atingindo assim um consenso de justiça social, mesmo que a dispêndio da derrogação de normas formalmente em vigência.

As essências princípiológicas e diretivas da mínima intervenção do direito penal não podem permanecer consolidadas apenas no momento gestacional da lei, pois assim vincularia apenas o poder legislativo estatal. A eficácia desse principio deve transcender o momento de criação das normas, sendo também observada quando de suas execuções, sendo a derrogação de preceitos incriminadores socialmente inconvenientes também um aspecto da intervenção mínima, pois "[...] ao operador do direito não exige proceder à operação da tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador"[25].

Princípio da Fragmentariedade

O princípio da intervenção mínima impõe ao direito penal as características de subsidiariedade e fragmentariedade, erigindo estas também a classe dos princípios limitadores do poder punitivo estatal. A fragmentariedade é uma decorrência do princípio da mínima intervenção, a qual situa o direito penal em um círculo menor envolvido por outro círculo maior, no qual situam os ilícitos inerentes aos demais ramos do direito, assim, qualquer ilícito penal será também ilícito em algum outro ramo do direito, mas, nem todo ilícito civil, administrativo, tributário e etc., será necessariamente considerado lícito penal[26]. O caráter fragamentário do direito penal impõe ao legislador e ao operador do direito, a

25. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 35.
26. Cf. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 36.

realização de “[...] uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”[27].

A subsidiariedade, trazida por alguns autores como princípio autônomo de limitação do *jus puniendi* estatal, será neste trabalho tratada como integrante do conceito da fragmentariedade penal, isso porque ambos os princípios possuem a mesma essência, ou seja, afastar incidência restritiva de liberdade como tutela de bens resguardáveis pelas demais normas do direito, reservando o direito penal “[...] unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”[28]. A fragmentariedade da tutela penal é um compasso à ideia de liberdade garantida ao cidadão por meio de normas constitucionais, tornando as sanções altamente ofensivas advindas de sua aplicação como última forma de socorro ao bem jurídico violado. Então, a subsidiariedade coloca o direito penal como instrumento de reserva à efetivação da tutela social, estando seu emprego condicionado a previa execução de todas as espécies normativas de natureza estranhas ao direito penal e, a tutela restritiva estaria legitimada em caso de todas outras se apresentarem inócuas e ineficientes a tutela do bem jurídico pretendido.

> O direito penal do *ius libertatis*, em suma, não é instrumento apropriado para a proteção de interesses ou valores que não contem com dignidade penal (ou seja: suficiente importância e concordância axiológica-constitucional), precisamente porque as penas e medidas, para além de constituir reações de ***extrema ratio***, não são os únicos meios de proteção de que dispõe o ordenamento jurídico. Os bens dignos de tutela, por outro lado, dever ser devidamente valorados para que se descubra com equilíbrio e justiça qual é o meio de proteção menos traumático para o cidadão e, ao mesmo tempo, o mais eficaz[29].

Dentro do contexto axiológico dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, Cezar Roberto Bitencort[30] e Rogério Greco[31] trazem em suas obras lição de Francisco Muñoz Conde para elucidar três aspectos inerentes ao caráter fragmentário do direito penal, enumerando em primeiro lugar o direcionamento do direito penal à proteção de bens jurídicos contra ataques de maior gravidade, afastando a punibilidade meramente imprudente; em seguida, não tipificando todas as condutas antijurídicas aos demais ramos do direito, mas somente àquelas não efetivamente tuteladas; e por fim, “deixando, em princípio, sem castigo as ações meramente imorais, como a homossexualidade e a

27. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 45.
28. MUÑOZ CONDE, Francisco apud BATISTA, Nilo. op. cit., p. 87.
29. BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 296 p.
30. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 45.
31. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2010, p. 58.

mentira”[32].

Os três aspectos decorrentes do reconhecimento da mínima intervenção e subsidiariedade como parâmetros da política criminal estatal são aplicáveis a dois destinatários em especial, sendo aqueles que, de alguma forma, possuem poder decisório quanto à criminalização e consequentemente a imposição de pena sobre determinado comportamento. O primeiro destinatário é o Poder Legislativo, ou seja, impõe ao legislador observar a tutela jurídico-penal como última ferramenta de proteção dos interesses sociais, utilizando-a somente na ocasião que restar evidenciada a periculosidade social da conduta, e ainda, quando concomitantemente, sua tutela não possa ser satisfatoriamente exercida por outros ramos componentes do ordenamento jurídico. Já o segundo destinatário seria o aplicador do direito, para este a subsidiariedade “[...] recomenda-se não proceder ao enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico”[33]. Em concreto, o operador do direito como destinatário dos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima é orientado, em especial os membros do Poder Judiciário, a não emoldurar o comportamento materializado com a disposição incriminadora correspondente quando viável á aplicação de outras normas distintas da tutela jurídica penal, implicando na renuncia estatal em intervir penalmente na sociedade em favor da utilização de normas consideradas de menor restrição às liberdades individuais de seus cidadãos.

Embora em decisão ainda contravertida dentro da própria casa, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação prática dos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade ao julgar o HC 92438 PR[34] de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Neste caso o impetrante buscava o trancamento da ação penal, pois sendo o paciente acusado da prática do crime de descaminho (artigo 334 do Código Penal), sustentava não existir justa causa para ação com fundamento na Lei n.º 10.522/02, que em seu artigo 20 dispõe que serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)[35]. Entendeu o ministro relator

---

32. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 45.

33. CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 21.

34. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 92438/ PR**. Descaminho. Montante dos impostos não pagos. Dispensa legal de cobrança em autos de Execução Fiscal. Lei n.º 10.522/02, art. 20. Irrelevância Administrativa da conduta. Inobservância aos princípios que regem o Direito Penal. Ausência de Justa Causa. Ordem Concedida. Paciente: José Afonso de Melo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Resp. n.º 779.533 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 19 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570165>. Acesso em: 30 ago. 2012.

35. Cf. BRASIL. **Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

que a conduta considerada irrelevante em âmbito administrativo, visto que execuções fiscais oriundas de tributos federais de importação inferiores a dez mil reais são arquivadas e/ou não ajuizadas, não poderia ser, em obediência aos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade, necessidade e mínima intervenção, penalmente tipificada. Nas linhas do voto do ministro:

> À luz de todos os **princípios que regem o direito penal**, especialmente o princípio da **subsidiariedade**, da **fragmentariedade**, da **necessidade** e da **intervenção mínima**, é **inadmissível** que uma conduta seja **administrativamente irrelevante** e, ao mesmo tempo, seja considerada **criminalmente relevante e punível!** A única conclusão a que se pode chegar, na espécie, é a de que **não houve lesão ao bem jurídico tutelado**. [...] Torno a dizer; não é possível que uma conduta seja **administrativamente irrelevante** e **não o seja para o Direito Penal**, **que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido**, quando **falham os outros meios de proteção e não suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do direito**[36]. (Destaques originais).

Como supra ressaltado, a posição adotada pelo Ministro Joaquim Barbosa é contravertida, e, embora acompanhada por decisões do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido[37], a relevância e aplicabilidade da norma em questão ainda é sustentada por não restar expresso pela lei a declaração de extinção do crédito tributário, mas apenas o arquivamento ou não ajuizamento da execução[38]. Todavia, é mister ressaltar a tendência jurisprudencial de reconhecimento de princípios de política criminal em fase pós-legislativa, ou seja, admiti-los como ferramentas de descriminalização mesmo quando ainda não derrogados pelos órgãos detentores do poder de legislar, passando a nortear não apenas o

---

36. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 92438/ PR**. Descaminho. Montante dos impostos não pagos. Dispensa legal de cobrança em autos de Execução Fiscal. Lei n.º 10.522/02, art. 20. Irrelevância Administrativa da conduta. Inobservância aos princípios que regem o Direito Penal. Ausência de Justa Causa. Ordem Concedida. Paciente: José Afonso de Melo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Resp. n.º 779.533 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 19 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570165>. Acesso em: 30 ago. 2012.
37. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 116293/TO**. Habeas Corpus preventivo. Descaminho. Atipicidade material. Trancamento da ação penal. Princípio da insignificância. Imposto iludido (R$ 4.410,00) inferior ao valor estabelecido pela Lei 11.033/04 para Execução Fiscal (R$ 10.000,00). Conduta irrelevante ao Direito Administrativo, que não pode ser alcançada pelo direito penal. Princípio da subsidiariedade. Novo entendimento do STF. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem concedida, porém, para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Paciente: Edmilson Felix da Rocha. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Diário Oficial da Justiça Eletrônico. Brasília, 09 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802105994&dt_publicacao=09/03/2009>. Acesso em: 30 ago. 2012.
38. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus n.º 100811/RS**. Decisão Habeas Corpus. Crime de Descaminho: art. 334, caput, do Código Penal. Alegação de que o limite para aplicação do Princípio da Insignificância seria o previsto no art. 20 da lei n. 10.522/2002. Liminar Indeferida. Paciente: Carlos Luiz de Oliveira Barcelos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 6 out. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=188&dataPublicacaoDj=06/10/2009&incidente=3761540&codCapitulo=6&numMateria=145&codMateria=2 >. Acesso em: 30 ago. 2012.

momento de elaboração das leis, como também a sua aplicabilidade. Esse comportamento retira do Estado o poder uno de criminalizar e apenar, pois "[...] muito embora o Poder Legislativo ainda não tenha despertado, na medida almejada, para o princípio penal da intervenção mínima, o Poder Judiciário tem dado mostrar de avanço e modernidade, cultuando o referido princípio e fazendo-o valer na prática"[39].

Assim, os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade exasperaram a ideia conceitual de princípios legislativos da política criminal, passando a serem reconhecidos e aplicados também pelo judiciário, derrogando a presença dos requisitos materiais do tipo incriminador em face de uma criminalização socialmente desnecessária, pois conforme afirmado pelo jurista alemão Claus Roxin, "[...] é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela"[40].

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Outra ferramenta de equação da politica criminal estatal é o princípio da adequação social do comportamento, entendido *a priori* como a proibição de tipificar penalmente condutas socialmente adequadas. Esse princípio assimila a ideia garantista de Luigi Ferrajoli, em especial, mantêm íntima correlação com o axioma *nulla lex* (*poenalis*) *sine necessitate* desenvolvido pelo jurista italiano[41], traduzido como a limitação imposta ao Poder Estatal em criminalizar comportamentos socialmente aceitos ou aceitáveis. "De acordo com esse princípio, não pode ser considerado criminoso o comportamento humano que, embora tipificado em lei, 'não afrontar o sentimento social de Justiça'"[42].

A essência axiológica do princípio da adequação social está relacionada ao conceito social de justiça, fazendo do direito penal ferramenta ilegítima para o regramento de condutas socialmente admitidas. Nesse caso, os reflexos da adequação social exasperam a mera aceitabilidade do comportamento, não permitindo ainda a criminalização de atos tidos por grupos sociais como imorais ou religiosamente inadmitidos, pois tutela valores de forma coletiva, abstendo-se de utilizar a subjetividade idealista e comportamental como fundamento de criminalização. Para o estudioso alemão Günter Stratenwerth, a criminalização transcende a ideia de aceitabilidade da maioria social, segundo ele "[...] é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento"[43], fazendo legítima a tutela jurídica penal unicamente quando a vontade social seja contextualizada aos demais princípios da política criminal.

---

39. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 192.
40. ROXIN, Claus apud MASSON, Cléber. op. cit., p. 35.
41. Cf. FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 91.
42. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 34.
43. STRATENWERTH, Günter apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 49.

Assim como ocorre com os demais princípios de política criminal aqui estudados, o princípio da adequação social também possui uma dupla vertente, a primeira direcionada ao Estado enquanto legislador e, uma segunda voltada ao Poder Judiciário como intérprete e aplicador das sanções criminais. Quanto à característica de orientação da Política Criminal Estatal, o princípio da adequação social é também classificado sob os aspectos pré e pós-legislativos, ou seja, tem aplicabilidade precedente na criação dos tipos penais, como também na descriminalização de comportamentos socialmente adaptados. Nas exatas linhas da explanação do professor Rogério Greco:

> A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como o norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade[44].

Desta forma, o princípio da adequação social deverá limitar diretamente o arbítrio do legislador no momento da elaboração de normas de natureza criminal, evidenciando condutas estranhas a convivência em coletividade, assim como aquelas perfeitamente ajustadas aos anseios sociais. Todavia, a característica essencial a ser discutida neste trabalho reside naquelas de estado pós-legislativas, ou seja, permeia a legislação que, embora ostente toda uma tipificação legal com aplicabilidade prática, tende a ser socialmente desinteressante como controle das liberdades públicas da coletividade.

Uma das prejudiciais oriundas da mora legislativa em descriminalizar tipos penais socialmente adequados reside na penalização de indivíduos que praticam tais condutas. Neste contexto, manifestam-se dois sentimentos distintos, a injustiça por parte do sujeito ativo do delito, e a indiferença pela sociedade. Essa indiferença, não seria propriamente uma apatia social quando da condenação do indivíduo, mas sim, uma silenciosa indignação alicerçada na fragmentariedade do direito penal, ou seja, a sociedade passar a indagar o porquê da punição, enquanto outras de superior relevância gozam a impunidade. Essa mora estatal reflete diretamente na estabilidade, segurança e efetividade do ordenamento jurídico, pois, além do descrédito gradativo sofrido pela norma penal adaptada, a reiteração desnecessária de sanções penais para condutas socialmente aceitáveis expõe a fragilidade do poder legislativo estatal em disciplinar com exclusividade todos os interesses indispensáveis ao convívio do homem em sociedade. Então, a fim de evitar o desprestígio estatal e, concomitantemente, suprir a carência imediata do legislativo, foi desenvolvida a vertente da adequação social dirigida ao intérprete do direito, em especial, ao Poder

44. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2010, p. 54.

Judiciário. Essa particularidade principiológica, embora jurisprudencialmente de restrita aceitabilidade, permite ao julgador afastar a incidência da tipificação material quando evidenciada que determinado comportamento prescinde da sanção que ora lhe é atribuída.

> A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica de for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada[45].

Como acima mencionado, a jurisprudência tradicionalista vem negando força ao princípio da adequação social como ferramenta de derrogação da norma penal vigente. No entanto, antes de adentrar nos fundamentos jurisprudenciais que refutam força de supressão ao princípio ora estudado, mister estabelecer sua distinção com relação ao princípio da insignificância. Segundo Fernando Capez, "[...] na adequação social, a conduta deixa de ser punida por não mais ser considerada injusta pela sociedade; na insignificância, a conduta é considerada injusta, mas de escassa lesividade"[46]. Assim, enquanto a insignificância remete ao grau de violação do bem jurídico tutelado pela norma, na adequação social todo o comportamento exteriorizado pelo agente carece de interesse penal por parte da sociedade, ou seja, o comportamento tipificado pela norma jurídica de natureza penal não possui mais idêntica correspondência no contexto dos interesses sociais resguardados. "Esses princípios são entendidos, respectivamente [adequação social e insignificância], como critério geral de interpretação restritiva (correção típica) e como critério para a determinação do injusto penal"[47]. Todavia, mesmo apresentando similitude em suas naturezas, os princípios da insignificância e da adequação social possuem aplicabilidades diversas, enquanto a insignificância, também chamada de bagatela, possui incontestável reconhecimento dentro do ordenamento jurídico pátrio, sendo ferramenta legítima capaz de impedir a adequação típica de um comportamento quando restar ausente a sua lesividade, a adequação social vem sendo essencialmente conceituada por unanimidade dentro da doutrina e da jurisprudência, no entanto, a sua aplicabilidade vem sofrendo com a reiterada resistência de nossos tribunais. Segundo o professor Rogério Greco:

> Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que a pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra,

45. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1.° a 120. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. I, 2002, p. 124.
46. CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 19.
47. PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 124.

conforme determina o ***caput*** do art. 2° da Lei de Introdução do Código Civil[48].

Outro aspecto presente quanto à objeção do reconhecimento da adequação social como ferramenta de derrogação do tipo penal incriminador é relativo à sua imprecisão, insegurança e “[...] excesso de subjetividade na análise material do tipo”[49]. Segundo este argumento, o juízo de aceitabilidade de um comportamento, dentro do atual contexto social, seria efetivado de maneira imprecisa devido à subjetividade do consciente individual, ou seja, a análise da tempestividade do tipo incriminador estaria vinculada às ideais e princípios íntimos do intérprete, ensejando sequentemente decisões descompassas e desarmônicas entre condutas perfeitamente idênticas.

No entanto, os sustentáculos que refutam o reconhecimento do princípio da adequação social como forma de derrogação da norma penal demonstram certa contrariedade quando analisados de maneira comparada àqueles que fundamentam a aplicação da insignificância, pois, esta é admitida quando a sanção a ser imposta exaspera a concepção de bem jurídico tutelado, ou seja, o sentimento social de injustiça estaria corroborado pelo uso excessivo da sanção criminal, sendo mais razoável admitir a irrelevância da conduta, do que estabelecer a adequação típica e consequentemente a imposição da pena atribuída. Mas, nesse contexto, é oportuno ressaltar que as justificativas que reconhecem a aplicabilidade do princípio da insignificância, como forma de retirada da tipicidade de uma conduta, são as mesmas empregadas na conceituação do princípio da adequação social. No entanto, estas são posteriormente refutadas ao pretexto de ser seu reconhecimento de escassa precisão. Todavia, a inexatidão não constitui base sólida para a rejeição do princípio da adequação social como forma de exclusão da tipicidade comportamental, visto que, assim como ocorre com a insignificância, que possui sua bagatela estritamente conceituada “[...] em cada ‘caso concreto’, de acordo com as suas especificidades, e não no plano abstrato”[50], a adequação social somente poderá ser estabelecida através de um juízo de racionalidade quanto à pertinência da lei penal vigente e, assim como a insignificância, a adequação social também estará sujeita a decisões contraditórias em semelhantes situações concretas, devido ao grau de subjetividade dos sujeitos e aos ideais íntimos do julgador, mas tais inseguranças deverão ser subjugadas em prol de um sentimento social de justiça, afastando materialmente a tipicidade quando manifesta sua aceitabilidade.

Um segundo obstáculo à aplicação do principio da adequação social remete ao disposto no artigo 2.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. De acordo com esse posicionamento de negação da adequação social como ferramenta de derrogação da

48. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2010, p. 54.
49. CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 19.
50. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 29.

lei “[...] não pode o juiz substituir-se ao legislador e dar por revogada um lei incriminadora em plena vigência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes [...]”[51]. Todavia, esse entendimento também é contrário ao estabelecido quando do afastamento da tipicidade comportamental através do princípio da insignificância, pois na sua aplicação, a bagatela também promove a renúncia do enquadramento típico de uma conduta ao tipo penal em vigência, ou seja, embora haja previsibilidade formal da conduta, “[...] não há, entretanto, tipicidade material, compreendida como o juízo de subsunção capaz de lesar ou ao menos colocar em perigo o bem jurídico penalmente tutelado”[52]. Assim, restam presentes interpretações diversas em situações semelhantes, pois, assim como a insignificância elimina a possibilidade de subsunção de um comportamento ao tipo penal correspondente em prol de um sentimento social de justiça, a adequação social evidencia àquelas condutas que se mostram socialmente estranhas à tutela do direito penal, afastando a tipicidade penal, mas não obstruindo que os demais ramos do direito promovam o amparo ao bem jurídico ora violado.

> Essa concepção exclusivamente formal de validade certamente resulta adequada se referida a ordenamentos jurídicos de estrutura elementar nos quais o legislador é ***legibus solutus***, de forma que qualquer norma dele emanada e da maneira que ele queira é norma válida. Contrariamente, nos modernos Estados constitucionais de direito, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal como também material com normas de categorias superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, tal concepção resulta totalmente insuficiente. Nesses ordenamentos a validade não depende somente dos aspectos formais da produção normativa que permitem afirmar o ***ser*** ou a existência das normas, senão que depende igualmente do significado dos enunciados normativos produzidos, e mais exatamente da valoração da correspondência do seu conteúdo com o ***dever ser*** jurídico estabelecido por normas superiores[53].

Deste modo, o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com advento da Constituição Federal de 1988, que reservou um capítulo específico para os direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos, consolidou-se por uma ideia de proteção ao *jus libertatis*. Nesse contexto, onde os valores principiológicos do direito aferiram aplicabilidade pós-legislativa capazes de promover a efetivação de direitos constitucionalmente garantidos, mesmo que isso resulte a transgressão de leis supraconstitucionais contrárias, o costume *contra legem* se alinha aos demais princípios de política criminal como fontes com dupla funcionalidade, a primeira dirigida a demonstrar as normas penais que não se encontram mais corroboradas pelos ditames comportamentais exteriorizados por sua sociedade,

51. CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 19.
52. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 25-26.
53. FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 327.

e uma segunda voltada à aplicação das normas que, embora ostentem tipificação legal como ilícitos penais, não encontram a mesma adequação quando confrontadas com os anseios da nova sociedade, ensejando, consequentemente, uma ação concreta do judiciário a fim de prover a efetividade e eficácia dos direitos e demais ditames resguardos pela Constituição Federal e pelos princípios de política criminal estatal. E o Judiciário, nessa tarefa, vem provendo essa carência legislativa de maneira regrada e até mesmo conservadora, optando, reiteradamente por decisões que deixam de observar as minúcias compreendidas dentre os valores basilares da politica criminal em respeito ao positivismo jurídico e à ideia de que a lei gozará de vigência e aplicabilidade enquanto não sobrevier outra de idêntica ou superior hierarquia que a revogue. Essa discussão quanto à atuação estatal, tanto legislativa, quanto judiciária, em delitos que não ostentem correspondência no contexto dos valores advindos do processo histórico-cultural de evolução da sociedade será objeto de discussão de forma pormenorizada no capítulo subsequente, onde, além dos principais aspectos e discussões inerentes a derrogação de normas penais por critérios de inadequação e inoportunidade, serão estudados também os principiais delitos que, por força da vontade social, perderam sua vigência e caminharam para a revogação estatal, bem como far-se-á a análise dos delitos que, embora sejam socialmente irracionais, ainda gozam de vigência, e, sucessivamente de aplicabilidade.

A MORA LEGISLATIVA E OS EFEITOS ULTRA-ATIVOS DAS NORMAS PENAIS SOCIALMENTE CONTESTADAS

A política criminal é um instituto constituído por dois momentos distintos, a fase legislativa, compreendida desde o momento de elaboração dos anteprojetos das normas penais futuras, perdurando até o instante de suas publicações nos órgãos oficiais do Estado, quando passam a ostentar a presunção absoluta de conhecimento público. O segundo ciclo da política criminal estatal é chamado de fase pós-legislativa, e se forma a partir da publicação da lei penal, passando pelos efeitos ensejados no contexto do convívio em sociedade, a aceitabilidade e a problemática originada por sua instituição, seguindo assim até o instante de sua exclusão do ordenamento jurídico pelo órgão estatal competente.

> A fase pós-legislativa é composta por um conjunto de atividades de avaliação dos diversos efeitos da decisão legal após sua entrada em vigor, e perdura até o momento em que se questiona se é socialmente plausível sua adequação à realidade social ou econômica que pretende regular[1].

A fase pós-legislativa então constitui o momento de verificação da correspondência entre os efeitos pretendidos pela norma, com os resultados alcançados através de sua instituição. No entanto, as consequências da intervenção legislativa se desenham de acordo com o processo de evolução histórico-cultural desdobrado pela sociedade, sendo perceptível que os resultados alcançados, num primeiro momento, serão consideravelmente transformados ao longo das alterações ideológicas e comportamentais desenvolvidas no contexto social. Essas variações nos efeitos angariadas pelas normas ao longo do curso de vigência podem ser recebidas tanto de maneira positiva, quanto de forma negativa, a depender do comportamento social que lhe é correspondente. Assim, a variação da efetividade da lei penal é considerada negativa quando aprioristicamente seus resultados se aproximaram com aqueles vislumbrados no processo legislativo da norma, mas que, com o desenrolar de sua aplicação, padecem por causas que reduzam ou até mesmo aniquilam seus efeitos programáticos, sejam por inconsistências em suas essências, incoerências processuais ou mesmo pelo conhecido “hábito” criminoso de buscar alternativas para a materialização do delito. Mas, como mencionado acima, a modificação dos efeitos desejados e, a princípio aferidos pelas normas penais, possuem também uma natureza positiva, que é a aceitabilidade social do comportamento penalmente tipificado. É conveniente classificar esse efeito como positivo visto que o Estado Democrático de Direito é constituído por ideais de primazia quando da efetivação de direitos e garantias às liberdades individuais de seus cidadãos, e que fundado no pluralismo cultural, exprime a concepção de plausibilidade na

1. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e pratica. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

restrição das normas de natureza incriminadoras.

> O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso se pode conseguir por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social[2].

Essa concepção liberal-garantista de redução das normas penais está corroborada na aceitabilidade de comportamentos outrora concebidos socialmente como crimes. A alteração da percepção social do ilícito é aferida através da análise do processo histórico-cultural atravessado pela sociedade, onde são observados os bens jurídicos e comportamentos lesivos que demandam, respectivamente, proteção e reprimenda. No entanto, para a realização do estudo e manutenção das normas que disciplinam criminalmente comportamentos do homem em sociedade, o legislador e também o operador do direito reclamam o auxílio de ferramentas que demonstrem os anseios e ideais de sua sociedade. E um desses instrumentos capazes de demonstrar a adequação social de condutas noutro tempo criminalizadas e reprimidas é o costume *contra legem*, conceituado como a prática reiterada de um comportamento somada a consciência social de não ilicitude.

A relevância social dos bens jurídicos dentro do ordenamento será permanente, pois a todos eles, dentro do ramo do direito que lhe é pertinente, é assegurada uma espécie de proteção. Todavia, nem todos carecem da tutela penal, a qual deverá constituir a *ultima ratio*, somente demandada quando os demais ramos do direito, que compreendem o ordenamento jurídico, apresentarem relativa insuficiência e incapacidade para efetivar a tutela pretendida. "O princípio penal da intervenção mínima é o apontador desses limites, permitindo que o costume atue como reparador da ânsia legislativa crescente e, em lugar de editar novas figuras delitivas, promover o esvaziamento do Direito Penal brasileiro"[3].

O afastamento da aplicabilidade da norma penal incriminadora pelo Judiciário encontra ainda forte resistência doutrinária e jurisprudencial e, somente é estimado quando evidenciado o desleixo legislativo em não apartar essa espécie de tutela jurídica do âmbito do direito penal. A constatação de indiferença do legislativo em promover a revogação das normas penais desnecessárias como instrumentos de controle das liberdades sociais obriga o indivíduo a buscar e debater junto ao Judiciário, quando da aplicação destas normas, a fim de que este, sustentado pelos princípios penais pertinentes, declare *inter partes* a inaplicabilidade da pena por ausência de relevância jurídica e social. No entanto, a posição conservadora e em alguns pontos, contraditória do Judiciário tende a não reconhecer

---

2. SANTIAGO MIR PUIG apud MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010, p. 37.
3. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 109.

a irrelevância social da conduta como forma de derrogação da lei penal em respeito ao positivismo jurídico expressamente declarado pelo *caput* do artigo 2.° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[4], implicando, assim, uma negligência ao sistema criado pela teoria do *checks and balances*, pois, permite ao Legislativo a manutenção de normas penais que, através dos costumes, são demonstradas como impertinentes aos interesses sociais em vigência.

POLÍTICA DE REVOGAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS SOCIALMENTE CONTESTADAS

A politica criminal de revogação das normas que, ao longo do processo histórico-cultural são demonstradas como inadequadas aos interesses públicos socialmente reformulados, não obedece a um critério pré-determinado e específico de análise e supressão. Assim, o momento de julgamento quanto à compatibilidade das normas penais com os novos ditames sociais em vigência está vinculado ao arbítrio dos membros do Poder Legislativo, que estabelecem quando e quais normas estão em consonância com os preceitos da sociedade contemporânea. No entanto, esse privilégio exclusivo para a criação, modificação e alteração das normas legais concentra no Legislativo um elevado poderio de condução do comportamento social, o que lhe permite impor e sustentar sanções a condutas que são explicitamente estranhas à tutela jurídica penal. Então, a fim de delimitar a tutela exacerbada, presente entre norma jurídica penal e a realidade social, o professor alemão Johannes Wessels desenvolveu a teoria social da ação. De acordo com sua teoria, à margem da tutela do direito penal estaria vinculada a possibilidade de ação e reação do homem materializada por seu direito de liberdade, assim, "[...] socialmente relevante seria a conduta capaz de afetar o relacionamento do agente com o meio social em que se insere"[5].

> Para os seus defensores, a vantagem da teoria consiste no fato de o elemento sociológico cumprir a missão de permitir ao Poder Judiciário a supressão do vácuo criado pelo tempo entre a realidade jurídica e a realidade social. Um fato não poder ser tipificado pela lei como infração penal e, simultaneamente, ser tolerado pela sociedade, caso em que estaria ausente um elemento implícito do tipo penal, presente em todo modelo descritivo legal, consistente na repercussão social da conduta[6].

---

4. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 15093/SP**. Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Art. 234, § único, I, do CP. Tipicidade. Princípio da Adequação Social. Inaplicabilidade ao caso concreto. Recorrente: Rosana Donato Neves Ferraz. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministra Laurita Vaz. Diário Oficial da Justiça Eletrônico. Brasília, 12 jun. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200301774675>. Acesso em: 30 ago. 2012.
5. WESSELS, Johannes apud MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 201.
6. MASSON, Cléber Rogério. op. cit., p. 201.

A politica criminal de um Estado, então, é traduzida pelo equilíbrio entre validade e justiça, "[...] entre direito 'como é' (direito positivo) e o direito 'como deve ser' (o direito natural ou ideal)"[7]. E uma das ferramentas hábeis a efetuar a harmonização entre a verdade normativa e a realidade social é a possibilidade de intervenção do Judiciário no sentido de derrogar a aplicação de sanções a condutas socialmente adequadas. Essa intervenção está efetivada decisoriamente, a princípio, *inter partes*, quando através da instrução probatória, demonstra-se nos autos que a sanção estatal pretendida não se coaduna com os interesses contextualizados por sua sociedade, derrogando a aplicação normativa em respeito aos princípios e ideias contemporâneos de justiça. Nesse aspecto, o costume *contra legem* conquista aplicabilidade no seio do ordenamento jurídico, pois, procede à demonstração de quais comportamentos reiterados estão entendidos como socialmente permitidos, ou desguarnecidos da ilicitude material penal.

O costume *contra legem*, sob a ótica conceitual do comportamento socialmente repetido em meio à convicção de não ilicitude é ferramenta de manifestação da vontade coletiva e também dos próprios valores principiológicos da política criminal, pois, ao evidenciar a adequação social de uma conduta penalmente tipificada, o costume contrário demonstra o dever legislativo em promover à abolição da sanção penal de contemporaneidade injusta ou imprópria à tutela jurídica penal. Desse modo, o costume *contra legem*, assim como os demais princípios de política criminal aqui expostos não possuem como objetivo único afastar a tipificação comportamental de toda e qualquer disciplina jurídica, mas sim de demonstrar que os valores guarnecidos pelo direito penal não podem padecer sobre dúvidas e imprecisões de justificação, passando a exigir do Estado a exclusão, ou quando necessário à transmutação da conduta penal tipificada para disciplina jurídica diversa. A fim de elucidar o respaldo concreto que o costume *contra legem*, juntamente com os princípios correlatos de política criminal possuem na adequação e consequentemente revogação das normas penais, serão estudados a seguir os principais delitos que tiveram legislativamente sua revogação declarada, e ainda, aqueles que, embora ostentem a positivação como normas jurídicas válidas e eficazes, veem tendo reiteradamente sua aplicação prática contestada em respeito aos ideais de liberdade, democracia, pluriculturalismo, e demais interesses afins à política criminal.

Crime de Sedução

A persuasão masculina constituiu uma das grandes aflições dos idealizadores da politica penal brasileira entre os séculos XIX e XX, sendo tipificado historicamente quando praticado em meio à relação sexual com a denominada "mulher virgem". A princípio, o

7. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica et al.3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 327.

Código Criminal do Império do Brasil de 1830 trouxe em sua redação, forjada nas trilhas culturais advindas de Portugal, a criminalização da conduta de “deflorar mulher virgem, menor de dezasete anos”[8]. Essa criminalização foi enraizada pelo sentimento de pureza feminina idealizada pelo catolicismo reinante em Portugal e trazida ao Brasil nos tempo da colônia. No entanto, o propósito dessa norma não estava fundado na efetivação dos direitos de proteção e garantia da mulher como a princípio era demonstrado, mesmo porque a mesma foi elaborada em meio a uma sociedade caracterizada pela submissão feminina aos impérios do pátrio poder masculino, e desse modo, a ideia subliminar dessa criminalização era de assegurar a castidade feminina, inibindo e coagindo a própria mulher a se abster da prática da relação sexual anterior ao matrimônio, pois “[...] a mulher desvirginada fora do casamento perde *(sic)* o seu valor social”[9]. Sustentavam, os defensores dessa espécie de criminalização, que a medida era essencial devido à inexperiência que pairava sobre a mulher menor de dezessete anos, fazendo necessários mecanismos que pudessem afastar e, ao mesmo tempo, proteger a mulher contra investidas masculinas. Todavia, a norma possuía em sua face oculta a preservação da virgindade feminina, sendo que a idade fixada pela norma era consonante ao período em que o patriarca promovia o ajuste do enlace nupcial e dos dotes de suas proles, o que afastava a necessidade de criminalização após os dezessete anos, visto a pouca incidência de matrimônio após esta idade.

Nessa esteira, sobreveio o Código Penal dos Estados Unidos do Brazil de 1890, que trouxe nova redação ao Código Criminal de 1830 para criminalizar a conduta de “deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude”[10]. A inovação legal ocorreu tanto no que concernia a conduta masculina para “deflorar a mulher”, quanto ao momento em que ocorria o delito. Diversamente da tipificação anterior, que previa a penalização de toda a conduta masculina atinente à cópula sexual com mulher virgem menor de dezessete anos, a nova redação penal atinente à proteção da castidade feminina exigia que o homem empregasse em sua conduta ações de sedução, engano ou fraude, sendo esta a primeira inserção do termo “sedução”, que posteriormente veio a ser o título do crime defino pelo Código subsequente. Todavia, as formas de agir não constituíram a única inovação da nova redação da norma, que substituiu a nomenclatura “mulher virgem” por “deflorar”, alteração esta inócua, visto não que houve nenhuma implicação na materialização do delito.

---

8. BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Codigo Criminal. Secretaria de Estado do Negocios da Justiça. Rio de Janeiro, 8 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm >. Acesso em: 30 ago. 2012.

9. HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de Lacerda; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: arts. 197 a 149. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, 1981, p. 153.

10. BRASIL. **Decreto n.° 847, de 11de outubro de 1890**. Promulga o Codigo Penal. Sala das sessões do Governo Provisório. Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 30 ago. 2012.

Foi alterado ainda o lapso temporal do sujeito passivo de dezessete anos de idade para “mulher menor de idade”. Ocorre, no entanto, três momentos distintos para esta criminalização, a primeira, quando da promulgação do Código Penal de 1890, momento histórico em que a maioridade civil estava vinculada às Ordenações Filipinas portuguesas de 1603, que embora tivessem sua vigência cessada em Portugal no ano de 1867, foi aplicada no Brasil em matéria civil até a promulgação do Código Civil de 1916. Assim, a disposição de “mulher menor de idade” que constituiu a norma penal em questão foi entendida de 1890 até 1916 como sendo a mulher com vinte e cinco anos não completos, conforme Livro Terceiro, Título XLII, das Ordenações Filipinas[11]. Todavia, em 1917, com o início da vigência do Código Civil de 1916, a norma em questão assumiu uma conceituação diversa, nesse caso, de acordo com artigo 9.° do referido código, a menoridade regrediu dos vinte e cinco para os vinte e um anos de idade. Por fim, a conceituação de “mulher menor de idade” sofreu uma nova alteração em 1927 com a promulgação do Decreto n.º 17.943-A de 12 de outubro de daquele ano, que consolidou “as leis de assistencia e protecção a menores”, dispondo no contexto de seu artigo 1.° que menor seria aquele com “[...] menos de 18 annos de idade”[12].

No entanto, desde o início do século XX a norma em questão contava com entendimentos contrários a sua característica como ilícito penal, visto que o bem jurídico tutelado possuía conteúdo estritamente vinculado a conceitos de moralidade e eticidade.

> Cada qual deve ser livre em seguir ou não os preceitos da moral, livre de ser continente ou não, e ê somente quando exorbita dos seus direitos individuaes, ou quando a sua atividade vem collidir com os direitos doutrem que o Estado pôde intervir para restabelecer a ordem juridlca perturbada. A incontinência e as offensas ao pudor por si mesmas não podem constituir delicto e para que caiam sob a sancção da lei penal é necessário que contenham a violação do dever juridico de respeitar os bons costumes e a pudicícia dos outros. Em todos os outros casos o vicio da incontinência embora torpe, damnoso e lamentável escapa do domínio da lei jurídica para entrar sob a forma de peccado na lei ethica ou moral[13].

Todavia, o Código Penal de 1890 vinha sendo considerado ultrapassado, e devido ao retardo em relação à ciência penal de seu tempo[14], foi substituído pelo Decreto-Lei n.°

---

11. Cf. MENDES DE ALMEIDA, Candido. **Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado D’el-ReyD. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomathico, 1870, p. 625-626. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p625.gif>. Acesso em: 30 ago. 2012.
12. BRASIL. **Decreto n.° 17.943A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, 31 dez. 1927. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.
13. ARAÚJO, João Vieira de. **O Codigo Penal Interpretado**: parte especial: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudência e com referencias aos projectos de sua revisão. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901, p. 307.
14. Cf. CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal**: Decreto-Lei n.° 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Gabinete do Ministro, 1940. Disponível em: <http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: 30 ago. 2012.

2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o atual Código Penal brasileiro. Mas não apenas de evoluções tratava o novo Código, pois promoveu a ressureição da terminologia "mulher virgem", núcleo do tipo do renomeado crime de "Sedução". Desse modo, o artigo 217 do mencionado código criminalizava a conduta de "seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança"[15]. A norma então manteve a pragmática legislativa de estabelecer um lapso temporal em que a mulher era considerada como passível de ludibrio, nesse caso entre os quatorze e dezoito anos, e manteve ainda a exigência da virgindade feminina como núcleo do tipo, mas passou a reclamar concomitantemente que para a prática do ato, o sujeito ativo empregasse as facilidades inerentes a relação de confiança que mantinha com o sujeito passivo, ou que a vítima viesse a ser considerada como "inexperiente" com relação às matérias de naturezas sexuais. Segundo o jurista Francisco Campos, redator da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940, a nomenclatura "defloramento" foi substituída pela terminologia "sedução" para ampliar a tutela da virgindade feminina, passando a tipificar o delito apenas com a cópula vagínica, afastando a exigência da ruptura do hímen.

> Sedução é o ***nomen juris*** que o projeto dá ao crime atualmente denominado defloramento. Foi repudiado este título, porque faz supor como imprescindível condição material do crime a ruptura do hímen (*flos virgineum*), quando, na realidade, basta que a cópula seja realizada com mulher virgem, ainda que não resulte essa ruptura, como nos casos de complacência himenal[16].

Como acima afirmado, desde as primeiras décadas do século XX essa modalidade de crime bi-próprio vinha tendo necessidade contestada em face das transformações culturais que passava a sociedade e das incertezas quanto à tipificação do delito. Com o passar das décadas, as concepções sociais de ilicitude adquiriam relevância, mas a discutida norma perdurou sua vigência durante vários momentos históricos, como a "Era Vargas", passando pela "Segunda República", "Regime Militar", "Nova República" até atingir a democracia instituída pela Constituição Federal de 1988. Mas, mesmo diante do estabelecimento de uma ordem primada pelo laicismo e pelo pluriculturalismo, o crime de Sedução sustentou vigência por mais de dezesseis anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, até que em 2005, com a promulgação da Lei n.° 11.106, de 28 de março daquele ano, promoveu o *abolitio criminis* do artigo 217 do Código Penal.

No entanto, quando comparada às realidades sociais que permearam a aplicação da norma, esta não encontrava mais a realidade fática da mulher ludibriável e inocente

---

15. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.
16. CAMPOS, Francisco. op. cit.

havia décadas. A perda da inocência feminina não estava vinculada à lasciva sexual, mas à inserção social da mulher, que, através de seu contato com o conhecimento e com a informação, extinguiu a mística preconceituosa da inferioridade intelectual feminina, passando, de objeto de submissão das vontades masculinas, a voz ativa na sociedade.

> O ambiente social moderno, com as suas complacências e licenciosidades, apresenta-nos um tipo de moça bem diferente do que era há meio século. A parte as *demi-vierges* de Marcel Prévost ou as *rapazas* de Marguerritte, que são teratologias sociais, a moça de hoje não é precisamente aquele modelo de inocência que, outrora, nem mesmo sabia defender-se do perigo, por isso mesmo que o não conhecia. A *virgo intacta* de nossos dias está perfeitamente inteirada a respeito do amor como 'contato de duas epidermes' e de todas as consequências que advêm do abraço sexual fora do matrimônio. As moças modernas, como observa Filippo Manci, entraram de participar ativamente do vórtice da vida cotidiana, disseminando-se nas oficinas, nas repartições públicas, nas lojas comerciais, e foram eliminando, pouco a pouco, aquela reserva feminina que constituía o seu maior fascínio e traduzia, no mesmo passo, a força inibitória do apurado sentimento do pudor. Subtraíram-se à vigilância e disciplina dos familiares e fizeram-se precoces na ciência dos mistérios sexuais[17].

Toda essa evolução social da mulher, bem como a descriminalização do crime de sedução está relacionada "[...] às mudanças nos costumes ocorridas no meio social desde a entrada em vigor do Código Penal"[18]. Nesse aspecto, o costume contrário à lei obteve respaldo jurídico quando passou a demonstrar ao legislador que a norma penal que reclamava a figura feminina ludibriável e ignorante não encontrava mais respaldo na realidade social na qual se encontrava a mulher, pois, além de tratar de norma dotada de injustificáveis aspectos moralistas, não condizia com a "[...] evolução dos costumes e do maior grau de informação e de experiência da adolescente nas questões sexuais"[19]. Antes mesmo da expressa revogação legislativa da norma, encontravam-se julgados admitindo que criminalização dessa espécie delito não possuía consonância com a realidade fática vivenciada, ecoando como "incompreensível que em nossos dias uma moça estudante, seja completamente inexperiente sobre os assuntos de sexo, a ponto de ludibriada, entregar-se a contatos sexuais, por desconhecê-los"[20].

Assim, é impossível abstrair a relevância jurídica que o costume *contra legem* exerceu na promoção da *abolitio criminis* do chamado delito de "sedução", o qual possuiu

17. HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de Lacerda; FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit., p. 156.

18. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 24. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini: São Paulo: Atlas, 2006, p. 425.

19. MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 426.

20. BRASIL. Extinto Tribunal de Alçada do Paraná. **Apelação Crime n.° 0130840-5**. Sedução - Namoro breve - Inexperiência ou justificável confiança não configurados - Absolvição com fulcro no art. 386, I. Apelante: Ministério Público do Paraná. Apelado: Lucimar Pacífico da Silva. Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto. Diário de Justiça 5387, Livro14. Curitiba, 05 maio 1999. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosProcesso.asp?Codigo=456926&Selecionar.x=8&Selecionar.y=10&orgao=#Partes>. Acesso em: 30 ago. 2012.

vigência na legislação penal brasileira por quase dois séculos, mas que não resistiu aos avanços sociais consolidados em favor de um Estado Democrático de Direito modulado nas matrizes do laicismo, pluriculturalismo, onde as bases da política criminal são construídas na esteira da mínima limitação às liberdades públicas individuais. Desse modo, o Estado decidiu pela revogação da norma penal socialmente contestada, mas como fez de forma tardia, esta já contava com a inaplicabilidade exarada *inter partes* por julgados de segunda instância, os quais reconheceram a incoerência normativa em face da verdade social confrontada, desprezando o rigoroso positivismo punitivo e optando pela derrogação da lei penal ainda vigente.

Crime de Adultério

Outra manifestação do costume *contra legem* foi verificada no crime concernente a infidelidade conjugal. A penalização do adultério no ordenamento jurídico brasileiro é originária das Ordenações Filipinas (1603-1830), sendo estas resultadas da reforma das Ordenações Manuelinas (1521-1603). Desse modo, na vigência das Ordenações Filipinas até a instituição do Código Criminal de 1830, o adultério era penalizado com a pena de morte, assim, nos exatos termos do Livro Quinto, Título XXV, das Ordenações Filipinas, "mandamos que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casada stiver, morra por ello. [...]. E toda a mulher, que fizer adulterio a seu marido, morra por isso"[21]. Mas, com a execução do Código Criminal de 1830, a sanção capital foi afastada do crime de adultério, todavia este não deixou de ser penalizado, atribuindo o citado Código penas idênticas a homens e mulheres, embora em artigos distintos.

> Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos.
>
> A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.
>
> Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente[22].

A criminalização do adultério advinha de idêntica fundamentação moralista emanada do crime de "sedução", uma penalização comportamental objetivando a preservação da ordem matrimonial entre os cônjuges. Em 1890, foi alterada a ordem jurídica criminal com a instituição do Decreto n.° 847 – de 11 de outubro de 1890, que promulgou o novo Código Penal, mas este, ignorando as tendências abolitivas, acabou optando pela preservação da criminalização do adultério, inclusive com relação ao *quantum penale*. No entanto, assim

---

21. MENDES DE ALMEIDA, Candido. op. cit., p. 1174-1175. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1175.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

22. BRASIL. **Decreto n.° 847, de 11de outubro de 1890**. Promulga o Codigo Penal. Sala das sessões do Governo Provisório. Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 30 ago. 2012.

como no crime de “sedução”, e mais ainda com relação ao adultério, a impropriedade social da norma era arguida expressivamente desde o início do século XX, sendo questionada a legitimidade criminal para penalizar um ato jurídico proveniente da *pacta sunt servanda* realizada no âmbito do direito civil. Nesse sentido, segundo João Vieira de Araújo, “[...] o projecto não podia manter como crime um acto que, si para alguns é um peccado susceptível de penas-espirituaes, é para outros a infracção de um contracto a que deve corresponder sancção puramente civil”[23].

Contudo, as críticas quanto à criminalização do adultério redigidas no início do século XX, quando da vigência do Código Penal de 1890, foram insuficientes para que o legislador brasileiro decidisse pelo expurgo do adultério como tipificação ilícita penal. Assim, na elaboração do novo Código Penal brasileiro, que foi iniciada em 1893 e perdurou até 1940, quando foi promulgado o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n.° 2.848), que recebeu vigência em 1942, foi preferida a preservação da norma em respeito à moralidade relativa ao pátrio poder, ao invés da abolição do criticado delito. Nas linhas precisas da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal:

> Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. [...]. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca a família ‘sob a proteção especial do Estado’[24].

A entrada em vigor do Código Penal de 1940, que inseriu nova tipificação ao adultério, passando a constituir este ação penal de iniciativa privada, somente podendo ter procedência mediante queixa crime do cônjuge ofendido, dentro de um mês após o conhecimento do fato (artigo 240 do Código Penal) [25]. Porém, a alteração da natureza da ação penal concernente ao crime de adultério não foi suficiente para a evasão das abundantes críticas doutrinárias com relação a sua pertinência, confrontando a ilegitimidade do direito penal que, solidificado nas bases da fragmentariedade e da subsidiariedade, não era disciplina compatível à regulamentação de ilícito afeto ao direito civil. As principais críticas pairavam sobre a desproporção da sanção penal a uma questão passível de solução dentro de sua esfera matriz, ou seja, o adultério e suas problemáticas, como ilícitos atinentes ao desrespeito do vínculo matrimonial, poderiam ser solucionados por ferramentas conexas ao direito civil, como o “desquite”, originário do Código Civil de 1916 e vigente quando da promulgação do Código Penal de 1940, e ainda, o divórcio e a separação judicial, inseridos

23. ARAÚJO, João Vieira de. op. cit., p. 387-388.

24. CAMPOS, Francisco. op. cit.

25. Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

no ordenamento jurídico pela Lei n.º 6.515/77.

> Na realidade, o adultério, sendo uma falta contratual só devia dar lugar à rescisão do contrato. E, neste caso, devia ter sentido mais amplo, abrangendo os outros atos libidinosos, além da conjunção carnal, bem como qualquer comportamento efetivamente indecoroso ou imoral do cônjuge[26].

E foi ao longo do processo cultural de evolução da sociedade que a permanência da criminalização da infidelidade conjugal caminhou para a insustentabilidade. O desenvolvimento social era contrario a essência da norma punitiva que criminalizava apenas o adultério heterossexual, julgando como atípica qualquer espécie de infidelidade homoafetiva. Todavia, a incoerência normativa não era restrita à relação entre sexos, pois, apenas tinha a materialização do delito quando da cópula vagínica, tendo como irrelevante qualquer espécie de infidelidade senão aquela onde restasse comprovado o coito entre homem e mulher, desprezando e julgando como condutas atípicas as concepções da infidelidade moral e da infidelidade virtual. Assim, a oposição entre norma jurídica punitiva e realidade social era demonstrada através da reiteração da conduta humana, fazendo da infidelidade conjugal norma estranha à tutela jurídica penal, deslocando sua conceituação moralista à disciplina do direito civil.

> E si espíritos vacillantes na solução de taes problemas affirmam que nem a separação dos corpos, de origem divina, nem o divorcio de fonte humana os resolvem, muito menos o fará a sancção penal do adultério, que antes de tudo para os nossos costumes é um expediente desmoralisador para os cônjuges e a família[27].

No que concerne ao crime de adultério, o costume *contra legem* possuiu uma particularidade que carece de elucidação. O costume contrário à lei em seara penal, capaz de promover derrogação normativa, foi conceituado como a prática reiterada do comportamento social somada à concepção de não ilicitude da conduta. No entanto, o costume contra a lei, nesse caso não foi efetivado com a precisão de afirmar que a infidelidade não constituiria ato imoral ou que o mesmo possuía convicção de obrigatoriedade, ao contrário, conforme conceituação acima disposta, quando confrontado o momento histórico que se discutia a pertinência social da criminalização do adultério, este já havia sido transformado em dados estatísticos nos quais 60% dos homens e 47% das mulheres admitiram a infidelidade[28], demonstrando que o comportamento tipificado não encontrava respaldo nos ideais de ilicitude provindos de sua sociedade, e que a moralidade matrimonial deveria possuir sua relevância tutelada pelos demais ramos do direito que não o penal. Desse modo, a norma penal que tipificava o crime de adultério não resistiu à enxurrada de críticas abolitivas

26. GOMES NETO, F. A. **Novo Código Penal Comentado**: parte especial. 5. ed. São Paulo: Editora Leia Livros, v. 3, 1986, p. 233.
27. ARAÚJO, João Vieira de. op. cit., p. 388.
28. Cf. GOLDENBERG, Mirian. **Infiel**: notas de uma antropóloga. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 130.

quanto à impertinência de sua criminalização, sendo então revogada pela Lei n.° 11.106, de 2005, que afastou e aboliu a sanção penal da conduta adúltera, transferindo a tutela de sua imoralidade a uma nova forma reparação pecuniária aferida nos termos da legislação civil.

POLITICA JUDICIÁRIA NO COSTUME *CONTRA LEGEM*

O direito penal principiologicamente é conceituado como a *ultima ratio* dentro de um ordenamento jurídico para a tutela do bem jurídico violado. A necessidade de amparo jurídico somente é aferida quando existente uma respectiva violação, vindo esta transgressão a ser exteriorizada por meio de um comportamento humano, que por sua vez terá sua discricionariedade regrada em favor do bem comum. Assim, a tutela jurídica é construída através da sucessão fática entre necessidade (bem), violação, comportamento humano, regra e sanção. Quando vislumbrada a indispensabilidade jurídica de tutela, tem início a qualificação do bem a ser protegido em conformidade com as ramificações da doutrina jurídica, seguindo uma predileção que associa a máxima eficiência à mínima intervenção. O direito penal que possui em suas sanções a maior dosagem de restrição às liberdades constitucionais de seus cidadãos constitui a derradeira disciplina a ser acionada a fim de efetivar a tutela pretendida, somente sendo mecanismo legítimo quando os demais forem demonstrados como ineficazes.

Todavia, a problemática discutida neste subitem não está adstrita aos mecanismos de composição e oportunidade de criação das normas penais, mas sim, no momento em que determinada restrição não é mais corroborada pelos valores idealizados por sua sociedade. É nesse momento, atendendo aos anseios sociais, que o legislativo, representantes do povo, promove a revogação das normas que outrora foram relevantes à tutela dos valores da coletividade, mas que atualmente carecem de critérios indispensáveis à essência da lei penal. No entanto, nem sempre a teoria corresponde à prática, ou seja, nem todas as normas penais impertinentes à tutela social são rapidamente abolidas do ordenamento jurídico, algumas permanecendo vagando na legislação por décadas até que o legislativo promova a destituição de sua validade e vigência. Porém, não pode o cidadão ficar retido ao arbítrio, mora, e idealismos particulares do legislador, cumprindo ao Judiciário, quando da análise dos requisitos legais necessários à tipificação do delito, analisar também a relevância social da conduta no contexto dos costumes da coletividade, derrogando a aplicação da norma se demonstrada à impertinência social de sua tutela.

A constatação de inadequação da norma está relacionada à eficácia, consideração, e ao relevo do bem estar social aferido com sua aplicação. O relevo é atributo conexo à eficácia, pois, considerados como os reflexos sociais extraídos da aplicação individual da norma, estão relacionados ao conceito coletivizado de justiça emanado da sociedade, o

quando, por que e para que punir determinado comportamento. Já o aspecto referente à consideração social é traduzido como a visão empírica que a sociedade tem da norma jurídica punitiva, sua necessidade, adequação, condição de equanimidade e propósito. Todas essas características hábeis a revelar a pertinência social da norma estão correlacionadas à reiterada prática comportamental da sociedade e convicção da desnecessidade punitiva da conduta. O costume contrário à lei consiste numa ferramenta adequada a revelar aquelas penalizações impróprias às aspirações sociais condizentes com momento histórico cultural vivido, fazendo com que moralismos, parcialidades e intolerâncias sejam revistas dentro da disciplina jurídica, pois a finalidade precípua da norma é a promoção da coesão através de uma mínima intervenção, e não a instituição de obstáculos à existência em coletividade.

> O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica[29].

Os crimes estudados a seguir compõem uma gleba exemplificativa de condutas penalmente tipificadas, que embora sustentem o positivismo de uma normatividade abstrata, desconhecem a realidade fática atravessada pela sociedade. Nessa esteira, será explicado como os costumes, implicitamente, demonstram a perda dos valores principiológicos de uma tipificação dentro do direito penal, fundidos a função social de punir e a resposta do judiciário, evidenciam a penalização de delitos que pairam no ordenamento jurídico sustentados apenas por questões relativas ao positivismo abstrato.

As Contravenções Penais

A lei penal brasileira do século XX, através da promulgação do Código Penal de 1940, resolveu pela diferenciação entre o crime e as denominadas "contravenções penais". O Decreto-Lei n.° 3.914/41, Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, dispôs logo em seu artigo 1.°, tanto a conceituação do crime como o da contravenção, onde segundo o mesmo:

> Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. alternativa ou cumulativamente[30].

É nítido então, mas não expresso, que a essencial diferenciação entre o crime e a contravenção está na gravidade delitiva, que insurge consequentemente na cominação da

29. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 611.

30. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

sanção estabelecida. “Na essência, não há diferença alguma entre ‘crime’ e ‘contravenção penal’. Analiticamente, ambas constituem um fato típico, antijurídico e culpável”[31]. A prioristicamente, quando da promulgação do Código Penal de 1940 e da Lei das Contravenções Penais de 1941, essa diferenciação não insurgiu em grandes problemáticas, mas, ao transcorrer do processo histórico-cultural de evolução social, as normas definidas como contravenções penais, delitos de sintetizada relevância, foram gradativamente apartadas da necessidade coletiva de tutela, passando de normas penais incriminadoras, a obstáculos inúteis ao desenvolvimento e organização da sociedade.

A desnecessidade protetiva das normas de contravenção é sustentada principalmente em respeito ao ideal de intervenção mínima da tutela penal no âmbito do Estado Democrático de Direito. O desinteresse social do amparo comportamental da contravenção é aferido através do contraste da disciplina inserida pela norma e a realidade coletiva que a permeia, ou seja, muito embora o preceito punitivo ainda encontre a conduta capaz de promover a materialização do tipo, inexiste consonância com a realidade social vigente, pois o interesse resguardado pela norma extrapola cumulativamente a expressão da vontade coletiva e a política restritiva de intervenção estatal inserida no direito penal.

> Logo, o caminho ideal é a busca da descriminalização, deixando de considerar infração penal uma série de situações ainda hoje tipificadas como tal. Exemplo maior do que ora defendemos é a Lei das Contravenções Penais. Seus tipos penais são, na maioria absoluta, ultrapassados, vetustos e antidemocráticos. Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizânia dentre pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais, no campo penal[32].

Dentre as contravenções penais que refletem maiores contradições entre a essência da política criminal, os valores sociais e criminalização, ressalta-se àquelas concernentes a omissão de cautela na guarda ou condução de animal, perturbação do trabalho e sossego alheios, perturbação da tranquilidade, embriaguez, vadiagem e jogo de azar[33]. A primeira, não constitui conduta atinente à tutela do direito penal, sendo, a responsabilização do agente que omite cuidados na vigilância de animal considerado como perigoso, perfeitamente angariada no âmbito do direito civil e administrativo, e ainda, caso o comportamento do animal produza ilícitos de natureza criminal, a responsabilidade do sujeito poderá ser aferida, caso prevista, nas modalidades culposas do delito.

Outras modalidades de contravenções penais socialmente desnecessárias

---

31. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 159.

32. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

33. Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 3 out. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

catalogam aquelas relativas à perturbação. O incomodo constitui duas espécies de delitos de contravenção, a primeira, concernente à tutela da paz pública, penaliza a perturbação do trabalho ou do sossego alheio, já a segunda, presente no capítulo dedicado à política de costumes, é direcionada ao amparo da tranquilidade. Em suma, ambas não possuem maiores distinções e, tanto uma como outra, constituem a expressa exasperação da tutela penal no âmbito social, facilmente perceptível à desnecessidade da *ultima ratio* a fim de efetivar o amparo da calmaria coletiva, sendo este gênero de guarda perfeitamente realizável por ciências jurídicas que não tenham por finalidade precípua a sanção carcerária. Sobre os artigos em comento, leciona Nucci:

> Desnecessidade da contravenção: cuida-se de excelente exemplo do excesso de tipos penais incriminadores que o sistema legislativo brasileiro insiste em cultuar. Não se privilegia o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, ou ainda a fragmentariedade, do Direito Penal. Como se pode pensar em punição criminal de alguém que, promovendo uma algazarra com amigos, por exemplo, perturbe o sossego da vizinhança? Não se está, evidentemente, incentivando que tal situação se dê, nem tampouco se pode defender ser tal gesto lícito ou admissível, porém, a punição na esfera administrativa (ou mesmo civil) é mais que suficiente[34].

Por fim, uma análise de três contravenções que possuem a mesma essência protetiva, mas padecem igualmente de relevância necessária à tutela jurídica penal. A sanção restritiva de liberdade cominada aos comportamentos daqueles que se encontram em vadiagem, praticam jogo de azar ou se apresentam publicamente embriagados não condiz com a proporcionalidade instituída pelo Estado Democrático de Direito. A vadiagem e a embriaguez se correlacionam no íntimo da honra do sujeito, ou seja, a avalição objetiva quanto ao caráter vexatório, o descrédito e o pudor da vadiagem e da embriaguez jamais poderiam sustentar a construção da tipificação incriminadora, pois "[...] o Direito Penal não pode jamais trabalhar com presunções, mormente as preconceituosas, sob pena de falência da ideia de liberdade individual e de igualdade"[35]. O jogo de azar, por sua vez, configura um dos maiores costumes contrários à lei presentes em nossa sociedade, seja para fins lucrativos, filantrópicos ou recreativos, a ação de apostar constitui prática comum e aceita em praticamente todas as classes sociais de nosso país. "Inúmeros jogos de azar contam, atualmente, com a aceitação consensual da sociedade, motivo pelo qual não podem ser considerados como ofensivos aos 'bons costumes'"[36]. No entanto, a União, por meio do artigo 22, inciso XX da Constituição da República Federativa do Brasil,

34. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 206-207.

35. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

36. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 214.

combinado com Decreto-Lei n.º 204/67, resolveu ser a detentora exclusiva da exploração da loteria, criminalizando qualquer outra espécie que lhe seja concorrente. "A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei"[37]. E, mesmo que demonstrada a patente *aberratio* em criminalizar um comportamento adequado aos ideais de liberdade individual, do livre arbítrio e do pluriculturalismo, o positivismo judiciário vêm persistindo em penalizar essa prática, atribuindo sobrevida à norma penal socialmente arcaica.

> Recurso Crime. Jogo do Bicho. Art 58 do DL 6.259/44. Atipicidade e Princípio da Adequação Social Afastados. Suficiência Probatória e Tipicidade da Conduta. Sentença Condenatória Mantida[38].

> Penal. Contravenção Penal. Exploração de Jogo de Azar em Lugar Público ou acessível ao Público. Princípios da Adequação Social e da Insignificância. Inaplicabilidade. Pena aplicada de forma proporcional às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP[39].

Diante das crescentes críticas jurídico-doutrinarias e sociológicas era esperado do legislador, através da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto do Código Penal, entregue em 27/06/2012 ao presidente do Senado Federal, a *abolitio criminis* da conduta atinente ao jogo de azar, a extinguindo da seara penal por sua social incompatibilidade com os princípios da politica criminal estatal. Todavia, esse anteprojeto, pautado nos critérios da necessidade de adequação, da intervenção penal adequada, da seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social, da criminalização da conduta apenas quando os outros ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente e da necessidade da pena[40], não atendeu aos reclames sociais de uma política criminal da

---

37. BRASIL. **Decreto-Lei n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sôbre a exploração de loterias e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0204.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

38. BRASIL. Turma Recursal dos Juizados Especiais do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n.º 71003613403**. RECURSO CRIME. JOGO DO BICHO. ART 58 DO DL 6.259/44. Atipicidade e Princípio da Adequação Social Afastados. Suficiência Probatória e Tipicidade da Conduta. Sentença Condenatória Mantida. Recorrente: Tatiane Souza. Recorrido: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Juíza Cristina Pereira Gonzales. Diário da Justiça Eletrônico. Porto Alegre, 24 abr. 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21527838/recurso-crime-rc--71003613403-rs-tjrs>. Acesso em: 30 ago. 2012.

39. BRASIL. Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. **Apelação Criminal no Juizado Especial n.º 374638**. Penal. Contravenção Penal. Exploração de Jogo de Azar em Lugar Público ou acessível ao Público. Princípios da Adequação Social e da Insignificância. Inaplicabilidade. Pena aplicada de forma proporcional às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Apelante: André Luis Cosseti. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Juiz Arlindo Mares. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 11 set. 2009. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgibin/tjcgi1?-DOCNUM=3&PGATU=1&l=20&ID=62675,45639,29437&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=Explora%E7%E3o%20de%20Jogo%20de%20Azar%20em%20Lugar%20P%FAblico>. Acesso em: 30 ago. 2012.

40. Cf. SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos dos (Relator Geral). **Relatório Final do anteprojeto do novo Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?-t=110444&tp=1>. Acesso em: 30 ago. 2012.

mínima intervenção, patrocinando a manutenção e, consequentemente, o gravame da pena cominada à conduta de "explorar jogos de azar e a loteria denominada jogo do bicho, sem autorização legal regulamentar"[41]. Assim, o propósito dissimulado pela manutenção do crime atinente à ação de apostar estaria vinculado à proteção do monopólio estatal de exploração da loteria, ou seja, garantir o próprio Estado na "[...] posição de maior 'banqueiro' de jogos de azar"[42], e ainda, visando evitar que esta atividade seja transformada em mais uma ferramenta dirigida à lavagem de capitais nos termos da redação inserida pela Lei n.º 12.683 de 9 de julho de 2012, que excluiu o rol *numerus clausus* das condutas ilícitas catalogadas como captadoras de recursos, possibilitando a tipificação consistente em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, da propriedade de bens, direitos ou valores, aferidos por qualquer espécie de crime ou contravenção penal[43]. Mas, tanto uma proposta como outra não indicam argumentos legítimos à permanência da criminalização do jogo de azar, a primeira, visto que o Estado é perfeitamente capaz de efetivar a legitimidade de seu monopólio por disciplinas distintas daquela penal, e a segunda, pois seria inaceitável a penalização criminal nutrida apenas pela inoperância estatal concernente ao combate da criminalidade.

Desse modo, as penalizações trazidas pelos artigos ora em comento, componentes da Lei das Contravenções Penais, são patentes excessos do intervencionismo estatal no âmbito social não corroborados pelos seus respectivos costumes, os quais demonstram a aceitabilidade que esses comportamentos possuem no seio da sociedade e, que as conservações dessas essências normativas traduzem apenas as "[...] presunções, mormente preconceituosas [...]"[44] do legislador, evidentemente inadequadas ao pluriculturalismo miscigenado no contexto da sociedade brasileira.

Crime da Casa de Prostituição

Com inúmeras passagens bíblicas, a prostituição é disseminada através da história por um conceito empírico que a atribui o status "profissão mais antiga do mundo". O processo histórico percorrido por esta atividade atravessa ainda diversos momentos, denominadas em épocas como deusas do sexo e símbolos de conhecimento sobre os enigmas e lendas do erotismo, em outras rebaixadas a meras ferramentas de sacio masculino, sempre situaram ao longo da história dentre as diversas classes sociais, desde

41. SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos dos (Relator Geral). op. cit., p. 360.
42. GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 97.
43. Cf. BRASIL. **Lei n.° 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei n.° 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da União. Brasília, 10 jul. 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 30 ago. 2012.
44. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

membras das cortejadas elite, até mesmo como a literal escória de uma insignificante plebe. A ação dispor de forma consciente e momentânea do próprio corpo por valores pecuniários é globalmente difundida e possui vieses distintos na seara jurídica, o da legalização e o da criminalização. Fortemente combatida pelo sentimento de religiosidade, a prostituição ainda é atualmente, segundo dados do site "Pros and Cons of Controversial Issues", considerada como atividade ilícita em 39% dos países soberanamente reconhecidos até o ano 2009, sendo ainda que outros 11%, embora não tipifiquem a atividade de prostituir como crime, ensejam a mesma consideráveis limitações, dentre os quais figura o Brasil[45]. Para o ordenamento jurídico brasileiro, a prostituição jamais constituiu tipo delituoso, sendo inclusive incluída na Classificação Brasileira de Ocupações de 2000 sob o código 5198, como "profissionais do sexo", tendo como descrição pessoas que "buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão"[46].

No entanto, conforme menção acima, o Brasil possui uma política ainda moderada com relação à atividade da prostituição, embora nunca a criminalizando, sempre buscou a reprimenda daqueles que organizam os serviços do meretrício. A primeira tutela criminal da prostituição no Brasil é aferida no Código Penal de 1890, reservando dois artigos distintos junto ao capítulo do Lenocínio para criminalizar a atividade cafetina. Nesse momento histórico, eram tipificadas as ações de excitar, favorecer, facilitar ou induzir mulheres a prostituição para auferir, direta ou indiretamente, lucros da especulação[47]. Assim, embora a lei penal brasileira do fim século XIX não tenha trazido à denominação atual da "Casa de Prostituição", descreveu as ações que alternativamente compõem o atual tipo penal.

> O termo ***whorehouse***, literalmente ***casa de putas***, surgiu na Idade Média. Antes havia ***dicterion*** e ***lupanarium***; depois, em inglês, ***bordel***, ***brothel-house***, ***bagnio***, ***stew***, ***crib***, ***cathouse***, ***parlour-house***, ***sporting-house***. Em português, a escolha é ampla e também variou ao longo do tempo e conforme a região: bordel, prostíbulo, alcouce, lupanar, serralho, puteiro, covil, curro, açougue, casa de mulheres, casa de tolerância, inferninho, crefe, brega, castelo, liceu, conventilho, cabaré... Qualquer que seja o termo utilizado, porém, o que confere um interesse extraordinário ao bordel é o modo como ele reflete a sociedade onde funciona[48].

45. Cf. PROS AND CONS OF CONTROVERSIAL ISSUES. **100 Countries and Their Prostitution Policies**. Chicago: ProCon.org, 2011. Disponível em: <http://prostitution.procon.org/view.resource.php?resourceID=000772#>. Acesso em: 30 ago. 2012.
46. BRASIL. **Classificação Brasileira de Ocupações**. 3. ed. Brasília: MTE e SSPE, v. I, 2010, p. 809.
47. Cf. BRASIL. **Decreto n.° 847, de 11de outubro de 1890**. Promulga o Codigo Penal. Sala das sessões do Governo Provisório. Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 30 ago. 2012.
48. MURPHY, Emmett. **História dos grandes bordéis do mundo**. Tradução Heloísa Jahn. Porto Alegre: Artes e Ofícios Editora, 1994, p. 11.

A criminalização do estabelecimento destinado à prática da prostituição foi instituída de maneira a complementar a sanção destinada àqueles que intermediavam "encontros libidinosos", denominados ao longo da história como cafetões, rufiões ou alcoviteiros. Desse modo, a penalização à conduta de manter local destinado à prostituição foi preservada quando da promulgação do Código Penal de 1940, o qual atribuiu inclusive a atual nomenclatura do tipo, "Casa de prostituição", delineando a ação incriminadora como aquela destinada a "manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente"[49]. A tipificação penal em questão objetivava a supressão do sistema parasitário sustentado com os lucros advindos da exploração sexual alheia, e ainda utopicamente a destina a evitar "[...] os riscos à saúde pública que decorrem de tal atividade"[50].

Todavia, a criminalização dos estabelecimentos destinados à prostituição, assim como ocorreu com a própria atividade, tem sua ilegalidade contestada pelo sentimento social de aceitabilidade do comportamento. A alteração do consciente coletivo com relação ao delito da casa de prostituição está correlacionada ao processo histórico de descriminalização da própria atividade, seu reconhecimento como ocupação e a própria exorcização do moralismo como fonte da tutela jurídico-penal. Essa corrente descriminalizadora do tipo penal da "Casa de prostituição" possui como viés a perda de relevância social que acomete o tipo, ou seja, o processo histórico-cultural de evolução e mutação do pensamento coletivo, associado aos parâmetros de uma política criminal de limitada intervenção, refletiu diretamente na dispensabilidade da conduta incriminadora, visto que o simples comportamento de manter estabelecimento destinado à prostituição, desde que ausente à utilização de qualquer espécie de coação ou ardil, não possui adequação social necessária à intervenção da tutela jurídico- penal.

> Sem o abrigo legal, a pessoa prostituída cai na clandestinidade e é justamente nesse momento que surgem os aproveitadores. [...] Afinal, a pessoa prostituída vive na obscuridade, pois o Estado não pode puni-la, mas quer acertar outras pessoas, que forneçam qualquer auxilio à prostituição. É evidente ser necessária a punição do rufião, agressor e controlador da pessoa prostituída, atuando com violência ou grave ameaça. No entanto, se alguém mantém lugar para o exercício da prostituição, protegendo e abrigando a pessoa prostituída, menor mal causa à sociedade. Retira da via pública a prostituição, passando-a a abrigos controlados e fiscalizados pelo Estado[51].

49. BRASIL. **Decreto-Lei n.° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

50. GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 551.

51. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 870.

Ainda, em 2009, o legislador pátrio persistindo e objetivando preservar a obsoleta criminalização de estabelecimentos destinados a prostituição, inseriu, através da Lei n.° 12.015 de 7 de agosto daquele ano, nova redação ao tipo penal em estudo, substituindo os termos "casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso" para "estabelecimento em que ocorra exploração sexual"[52]. Todavia, a norma que visava efetivar a abrangência da criminalização de locais destinados à prostituição, além de introduzir um *abolitio criminis* com relação à exigência da exploração sexual para a materialização do tipo, pouco contribuiu para a tutela pretendida, pois "exploração sexual é expressão ligada a tirar proveito de alguém, em detrimento desta pessoa, valendo-se, primordialmente de fraude ou ardil"[53].

> Acreditamos que o controle social informal, praticado pela própria sociedade, seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática de determinados comportamentos que envolvem a prostituição, não havendo necessidade de sua repressão por parte do Direito Penal, que deve ser entendido como ***extrema*** ou ***ultima ratio***[54].

No entanto, essa alteração na descrição do comportamento delituoso atinente ao delito da "Casa de prostituição" provavelmente tenha sido a derradeira manifestação pátria do legislador a fim de preservar a criminalização da conduta, visto que o "Relatório Final" do anteprojeto do novo Código Penal propõe o afastamento dessa espécie comportamental do poder punitivo jurídico-penal. Desse modo, diversamente da proposta penal concernente ao crime do "jogo de azar", a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Código Penal, atendendo a críticas doutrinárias, parcela da jurisprudência[55], e principalmente observando os costumes sociais e os princípios que circunscrevem a política criminal, apresentou a proposição de abolir a tipicidade penal dos estabelecimentos destinados à prostituição, exceto nos casos de exploração sexual, quando a conduta do sujeito consistir em "obrigar alguém a exercer a prostituição ou impedir ou dificultar que a abandone"[56].

Desse modo, o costume contrário à lei reflete a expressão social de analise de

---

52. BRASIL. L**ei n.° 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1° da Lei n.° 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5.° da Constituição Federal e revoga a Lei n.° 2.252, de 1.° de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União. Brasília, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

53. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 870.

54. GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 5. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011, p.694-695.

55. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n.° 70039770391**. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Casa de Prostituição. Art. 229 do Código Penal. Atipicidade Material. Afastamento da Ilicitude da Conduta que advém da modificação dos padrões de comportamentos sociais e morais da sociedade contemporânea. Apelante: L.T.C., N.B.T.C. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Diário da Justiça Eletrônico. Porto Alegre, 18 jan. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/23753085/djrs-capital-2o-grau-13-12-2010-pg-83/pdfView>. Acesso em: 30 ago. 2012.

56. SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos dos (Relator Geral). op. cit., p. 84-85.

determinada ilicitude, ou seja, a reiteração comportamental contrária à lei exprime a *opinio delictis* da própria sociedade quanto à tipificação criminal de uma conduta. Assim, a irrelevância social de uma norma penal é o estopim de sua aplicação, pois aberrante contrário *sensu* seria a própria sociedade pairar sobre as incertezas de uma legislação que contrapõe seus valores e padrões comportamentais. Portanto, é imposto ao legislativo promover de forma criteriosa a revisão dessas normas convergentes com os ideais da coletividade, mas concomitantemente, é inconcebível que todo o poder decisório incriminador do Estado permaneça sobre os caprichos de um único órgão, por isso, em caso de inoperância ou incoerência deste, é refletida a incumbência do judiciário em aferir a efetividade e prevalência das liberdades públicas através do emprego de regras inerentes à política criminal, afastando às tipificações socialmente inadequadas e materializando os ideais da mínima intervenção penal e da máxima prevalência aos direitos de liberdade em prol de um sentimento social de justiça.

CONCLUSÃO

A virtude de dar a cada um aquilo que é seu por direito constitui uma das maiores interpretações populares acerca do termo justiça. Essa conceituação prática de equanimidade é consequência da materialização do pensamento social a respeito das normas jurídicas comuns que disciplinam o espaço físico de vida em coletividade. Desse modo, o pensamento coletivizado de justiça está intrinsicamente vinculado à relevância exercida pelas regras jurídicas no contexto do tecnicismo jurídico e da realidade social, traduzindo duas facetas distintas da hermenêutica jurídica, uma direcionada à atribuição do liame necessário entre a disposição legal e o comportamento *in concreto*, e outra, relativa à contextualização da finalidade normativa com os interesses sociais passíveis de tutela. Estas particularidades afins ao sentimento coletivizado de justiça transmitem a ideia do costume tanto no meio jurídico como no social, pois exibem aos manipuladores da ordem jurídica quais as concepções sociais que gozam de relevância e que simultaneamente carecem ou não de tutela. Contudo, quando a consciência coletiva despreza a tutela comportamental que lhe é atribuída vislumbra-se a espécie consuetudinária *contra legem*, defendida como ferramenta de derrogação normativa às tutelas socialmente descompassas a realidade que as permeia.

A influência derrogatória do costume negativo encontra a resistência do positivismo juridicamente rechaçado pela disposição introdutória às normas do direito pátrio. Essa construção genérica tende a exonerar quaisquer insurgências interpretativas dispostas a atribuir eficácia de supressão a preceitos consuetudinários em desfavor de construções legislativas formalmente idealizadas. Porém, a concepção derrogatória do costume *contra legem* encontra no direito penal, valores princípiológicos da política criminal que corroboram aqueles implicitamente contidos no comportamento consuetudinário negativo, sistematizando, assim, um conjunto diretivo da tutela jurídico-penal, que encontra primeiramente na conceituação da legalidade material, a precisa impossibilidade de tipificação comportamental destituída de relevância lesiva necessária a ensejar uma penalização de natureza criminal. Da mesma forma, os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade delimitam o exercício da sanção criminal aos exatos limites da inevitabilidade dessa espécie de tutela, legitimando seu emprego a um sistema hierárquico de ramificações jurídicas, onde o direito penal ocupa o ápice desse escalão. Entretanto, essa posição atribuída ao *jus puniendi* não simboliza a valoração gradativa dos bens jurídicos salvaguardados, pelo contrário, o sistema progressivo representa um organismo garantista contrário às circuncisões de liberdade impostas e mantidas arbitrariamente pelos operadores da máquina legislativa de punir. Assim, a correlação entre

o costume *contra legem* e os princípios da política criminal acima referidos, é concentrada numa concepção impositiva à norma penal incriminadora formalmente em vigência, que exige desta a ostentação, igualmente em fase pós-legislativa, da consonância com os ditames da subsidiariedade, da fragmentariedade e da mínima intervenção da tutela penal que fomentaram seu período pré-legislativo, traduzindo esse complexo como a possibilidade de supressão normativa através de uma ferramenta derrogatória com essência absolutória. Muito embora esses princípios possuam precípua afinidade com o costume negativo, é a adequação social quem exibe a excelsa similitude, direcionando seus efeitos a obstar a tipificação de condutas socialmente admitidas. Desse modo, a analogia substancial entre adequação social e costume *contra legem* consiste em assinalar os padrões comportamentais insuscetíveis de prevenção como ilícitos ao direito penal, pois suas virtudes conceituais corroboram o sentimento civil da aceitabilidade, patenteando nesses casos a ilegitimidade interventiva do *jus puniendi*.

Então, os princípios diretivos de política criminal estatal, incorporados aos efeitos jurídicos exteriorizados pelos costumes contrários às leis penais, revelam a *opinio delictis* da sociedade a respeito das tipificações criminais que engendram o ordenamento jurídico. Todavia, quando evidente o descompasso de disposição incriminadora e interesses sociais, é refletida a inadmissibilidade material do preceito normativo no âmbito contextual da sociedade, pois a essencialidade que solidificou a tipificação comportamental dissolveu-se no decorrer do processo histórico-cultural de desenvolvimento social. Assim, a relevância jurídica e social do costume *contra legem* consiste em uma interpretação principiológica e sistematizada com o objetivo de obstruir qualquer hipótese de materialização dos efeitos incriminadores de normas penais socialmente inadequadas, utilizando nesta incumbência o instituto derrogatório da reiteração consuetudinária, que embora abstratamente reprimido pelas disposições introdutórias às normas do direito pátrio, adquire aceitabilidade absolutória quando apartado do tecnicismo legislativo que incide a construção normativa, e, contextualizado ao pensamento empírico-social de justiça, conquista aplicabilidade inclusive no ciclo pós-legislativo de existência normativa, representando a concretude instrumental de efetivação do querer social através de um juízo de restrição à exasperação incriminadora, destituindo a unicidade de poderio legislativo e transferindo parcela desse ao judiciário, possibilitando a este, numa interpretação constitucional-social do sistema criminal, declarar a prevalência dos preceitos rudimentares da política criminal às formalidades resguardas pelos excessos do positivismo incriminador.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, João Vieira de. **O Codigo Penal Interpretado**: parte especial: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudência e com referencias aos projectos de sua revisão. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**: lições de propedêutica jurídica. São Paulo: Hermes Editora, 1989.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: Introdução e Princípios. Princípios. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal**: Decreto-Lei n.° 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Gabinete do Ministro, 1940. Disponível em: <http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: 30 ago. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e pratica. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Introdução a Ciência do Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al.3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Tércio Sampaio In FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Desuetudo**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 24, 1977.

GOLDENBERG, Mirian. **Infiel**: notas de uma antropóloga. Rio de Janeiro: Record, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES NETO, F. A. **Novo Código Penal Comentado**: parte especial. 5. ed. São Paulo: Editora Leia Livros, v. 3, 1986.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 5. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2010.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de Lacerda; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: arts. 197 a 149. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de José Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEMOS FILHO, Arnaldo et al (Org.). **Sociologia Geral e do Direito**. Campinas/SP: Editora Alínea, 2004.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

MENDES DE ALMEIDA, Candido. **Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado D'el-ReyD. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomathico, 1870, p. 625-626. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p625.gif>. Acesso em: 30 ago. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 24. ed. rev. e atualizada por Renato N. Fabbrini: São Paulo: Atlas, 2006.

MURPHY, Emmett. **História dos grandes bordéis do mundo**. Tradução de Heloísa Jahn. Porto Alegre: Artes e Ofícios Editora, 1994.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução ao Direito**. 8. ed. rev. e atual. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1.° a 120. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. I, 2002.

PROS AND CONS OF CONTROVERSIAL ISSUES. **100 Countries and Their Prostitution Policies**. Chicago: ProCon.org, 2011. Disponível em: <http://prostitution.procon.org/view.resource.php?resourceID=000772#>. Acesso em: 30 ago. 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Olavo Acyr de Lima In FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Costume no Direito Privado**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 21, 1977.

SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos dos (Relator Geral). **Relatório Final do anteprojeto do novo Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>. Acesso em: 30 ago. 2012.

VALLADÃO, Haroldo Teixeira In FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Ab-rogação da Lei Especialmente pelo Costume**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**: lições preliminares. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. **Classificação Brasileira de Ocupações**. 3. ed. Brasília: MTE e SSPE, v. I, 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Decreto-Lei n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sôbre a exploração de loterias e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0204.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Decreto-Lei n.° 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm >. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Decreto-Lei n.° 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 3 out. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Decreto-Lei n.° 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Decreto-Lei n.° 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Decreto n.° 17.943A, de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, 31 dez. 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Decreto n.° 847, de 11de outubro de 1890.** Promulga o Codigo Penal. Sala das sessões do Governo Provisório. Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Codigo Criminal. Secretaria de Estado do Negocios da Justiça. Rio de Janeiro, 8 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm >. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Lei n.° 10.522, de 19 de julho de 2002.** Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Lei n.° 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1.° da Lei n.° 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5.° da Constituição Federal e revoga a Lei n.° 2.252, de 1.° de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União. Brasília, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Lei n.° 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei n.° 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da União. Brasília, 10 jul. 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 30 ago. 2012.

FRANCE. Representans Du Peuple François. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Versailles: Décretés par l'Assemblée Nationale dans les séances des 20, 21, 23, et 26 aoust 1789, acceptés par le Roi, 1789: Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>. Acesso em: 30 ago. 2012.

SOBRE O AUTOR

MILSON REIS DE JESUS BARBOSA - É bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais-UEMG (2008-2012), e pós-graduado lato sensu em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais-PUC Minas (2013-2015). Exerceu a advocacia privada de 2013-2016 e atualmente é Procurador Municipal de carreira em Iturama/MG.

A RELEVÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL

NO COSTUME *CONTRA LEGEM*

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

@atenaeditora

www.facebook.com/atenaeditora.com.br

A RELEVÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL

NO COSTUME *CONTRA LEGEM*

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br